Die Regelung des Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleich zum römischen Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Josef Leinfelder
aus Schrobenhausen (Oberbayern)

Approbiert am 22. Februar 1930

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

Referent:
Geheimer Justizrat Univ.-Professor Dr. B. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter
in Verehrung und Dankbarkeit
gewidmet.

Inhaltsangabe.

Seite

Vorwort 1
Einleitung 2

A. Begriff 3
I. Der Besitzbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch . . . 3
1. Der Besitz etwas Tatsächliches 3
2. Das Willensmoment 4
3. Die Rechtsnatur des Besitzes 5
4. Zusammenfassende Begriffsbildung 5
II. Der Besitzbegriff im römischen Recht 6
1. Allgemeines 6
2. Die Erfordernisse 7
3. Die Zusammenfassung 9

B. Bedeutung des Besitzes 9
1. Die an den Besitz geknüpften Rechtsvermutungen . . 9
2. Der Besitzschutz 11
3. Das römische Recht 12

C. Die besonderen Besitztatbestände im Bürgerlichen Gesetzbuch und ihr Vergleich mit dem römischen Recht 13
1. Der Eigenbesitz 13
2. Der mittelbare Besitz 14
3. Der Besitzdiener 17
4. Der Teilbesitz 19
5. Der Mitbesitz 20
6. Zusammenfassender Vergleich mit dem römischen Recht 21
7. Der Rechtsbesitz 22

D. Besitzerwerb 23
1. Besitzerwerb ohne Mitwirkung eines Besitzvorgängers 23
2. Besitzerwerb durch Uebergabe oder Einigung . . . 25
3. Besitzerwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruches 27
4. Besitzerwerb durch Erbgang 28
5. Besitzerwerb durch Stellvertreter 29

Seite

E. Besitzverlust 32

I. Verlust des unmittelbaren Besitzes 32

1. Allgemeines 32

2. Besondere Fälle 33

3. Das Fortbestehen des Besitzes trotz Aufhörens der tatsächlichen Gewalt 34

4. Besitzverlust nach dem römischen Recht 35

II. Verlust des mittelbaren Besitzes 35

III. Besitzverlust durch Stellvertreter 36

F. Der Besitzschutz 37

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch 37

1. Voraussetzungen des Besitzschutzes 38

2. Der fehlerhafte Besitz 39

3. Das Selbsthilferecht 40

4. Der gerichtliche Besitzschutz 42

a) Allgemeines 42

b) Zeitliche Schranke für die Besitzklagen . . . 43

c) Der Inhalt der Besitzklagen 44

d) Die Verteidigung gegenüber den Besitzklagen . . 45

5. Der Abholungsanspruch 46

II. Besitzschutz im römischen Recht 47

1. Allgemeines 47

2. Die Interdicta retinendae possessionis 48

3. Die Interdicta recuperandae possessionis 49

Schlußwort 52

Literaturangaben.

Achilles A.: Abschnitt Besitz in Plancks Kommentar zum BGB., II. Aufl. Berlin 1902.

Affolter F.: Das Willensmoment beim Besitzerwerb. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 20, Berlin 1902.

Becker, Ernst Emanuel: Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880.

— Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbüchern, herausgegeben von Fr. Regelsberger und v. Ehrenberg, 34. Bd., Jena 1895.

Bendix: Die Besitzlehre nach dem BGB. unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung in Zeitschrift „Das Recht", 4. Jahrgang, Nr. 3, Hannover 1900.

Berg H.: Erwerb und Verlust des Besitzes. Diss. Rostock 1905.

Biermann: Kommentar zum BGB., 2. Aufl., 1905.

Billeter A.: Der Begriff des Besitzes nach römischem und kanonischem Recht, Diss. Zürich 1889.

Bruns, Viktor: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart. Tübingen 1848.

— Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.

Corpus iuris civilis, herausgegeben von Momsen und Krueger, Bd. I und II. Berlin 1872.

Cosack K.: Bürgerliches Recht. Bd. I 1910 und Bd. II 1911.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Berlin 1905.

Czyhlarz, Karl Ritter von: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Leipzig 1924.

Dernburg H.: Bürgerliches Recht, Bd. I 1906, Bd. II 1908.

Draganosco Gg.: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römischem und bürgerlichem Recht, Berlin 1916.

Endemann F.: Bürgerliches Recht, Bd. I u. II 1903, 1905.

Enneccerus L.: Das Bürgerliche Recht, Marburg 1910.

Etzel: Zur Lehre vom Mitbesitz, Diss. Erlangen 1914.

Gierke O.: Gutachten in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. III, 1898.

— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitges Recht nach dem BGB. in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches. Jena 1898.

— Deutsches Privatrecht. Jena 1902.

Goldschmidt L.: Grundlagen der Besitzlehre. Berlin 1910.

Huschke E.: Jurisprudentiae reliquae. 6. Aufl., herausgegeben von E. Seckel und B. Kübler, Leipzig.

v. Ihering R.: Der Besitzwille, Jena 1889.
— Ueber den Grund des Besitzesschutzes, Jena 1869.
Kaemmerer H.: Die Zuverlässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Halle 1908.
Kipp Th.: Im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff, Berlin 1910.
Kniep F.: Der Besitz des Bürgerlichen Rechts gegenübergestellt dem römichen und gemeinen Recht, Jena 1900.
Kober, Karl: Bd. III, Sachenrecht in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1926
Kohlrausch-Kaskel: Rechtsenzyklopädie, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1927.
Kränzlein, Gerhard: Der Besitz als tatsächliche Gewalt, Dissertation, Zürich 1922
Kress, Hugo: Besitz und Recht, Nürnberg 1909.
Krückmann P: Sachenbesitz und Rechtsbesitz in Arch. Ziv. Praxis. Bd. 108.
Kübler, Bernhard: Geschichte des römischen Rechts. Leipzig 1925.
— Lesebuch des römischen Rechts, Leipzig, 3. Aufl. 1925.
Lehmann O. H.: Sachenrecht im Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Enneccerus, Marburg 1898.
Lent F.: Gesetzes-Konkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. I und II, Leipzig 1912, 1919.
Manigk: Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Arch. für Bürgerliches Recht, Bd. 25, Berlin 1910.
Männer: Das Recht des Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1902.
Mitteis L.: Römisches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1908.
Pininski, Graf Leo: Der Tatbestand des Sachenbesitzerwerbs im gemeinen Recht. Bd. I und II.
Pflüger H.: Die sogenannten Besitzklagen im römischen Recht, Leipzig 1900.
Planck G.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Sachenrecht, Berlin 1902.
Raape: Besitzerwerb ohne Willen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907.
Randa, Anton: Der Besitz nach dem österr. Recht, Leipzig 1895.
Regelsberger F.: Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Festschrift für die jurist. Fakultät, Gießen, Gießen 1907.
Reichsgerichsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von den Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht, 6. Aufl., Berlin 1928.
Rosenberg: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, München 1919.
Savigny, Fr. Karl: Das Recht des Besitzes, 5. Aufl. Gießen 1827.
Savigny-Stiftung: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, Bd. XXXI. Weimar 1910.

Schliewen: Abschnitt: Besitz im Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 1928.

Seitz, Karl: Grundlagen einer Geschichte der römischen Possessio, Erlangen 1884.

Siber H.: Römisches Privatrecht, Berlin 1928.

Sohm, Rudolf: Institutionen des Römischen Rechts, bearbeitet von Mitteis-Wenger, 18. Aufl., Leipzig 1924.

Sokolowsky, Paul: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen Bürgerlichen Gesetz, Halle 1907.

Spranger Ed.: Lebensformen, 2. Aufl. Berlin 1921.

v. Staudinger J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 9. Aufl. Berlin 1926—1929.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 2. Bd. 1929.

Stintzing, Wolfg.: Zur Besitzlehre, München 1892.

Strohal F.: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Recht, Sonderabdruck in Iherings Jahrbuch, Bd. 38. 1906.

Thoma R.: Bedeutung des Besitzeswillen. Freiburg 1900.

Trendelenburg: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Greifswald 1904.

Wendt, O. v.: Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig?

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl., 1906, Bd. I u. II

Wolff, Martin: Band Sachenrecht im Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Enneccerus-Kipp-Wolff. 1910.

— Das Recht zum Besitze in Festschrift für Richard Koch, Berlin 1903.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit über das Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches im Vergleich zum römischen Recht soll nur einen Ueberblick über das viel umstrittene Gebiet des Besitzes geben. Soweit Streitfragen vorliegen, kann sie diese im allgemeinen nur aufzeigen. Nur in ganz wenigen Fällen wird es möglich sein, innerhalb des für eine Dissertation gesteckten Rahmens zu den Streitfragen Stellung zu nehmen und eine evtl. abweichende Meinung des Verfassers zu entwickeln. Aber auch ohne diese zeigt die Systematik in der Stoffanordnung und die Behandlung innerhalb der einzelnen Abschnitte, welche Bedeutung der Verfasser den bestrittenen Fragen zuerkennt und wie er sie in das gesamte Stoffgebiet einordnet.

In Beziehung auf das römische Recht hat es sich dabei als notwendig erwiesen den Stoff zu beschränken; was der Verfasser dadurch versucht hat, daß im allgemeinen nur die Gestaltung Berücksichtigung findet, die das römische Recht unter Justinian genommen hat. Um die auch hierüber ohnedies unzählig bestehenden Streitfragen etwas abzuschneiden, ist die Beurteilung des Besitzrechtes im römischen Recht in engstem Anklang an die Besitzlehre Savignys erfolgt.

1

Einleitung.

Rechtsgestaltung und Lebensverhältnisse stehen in engen Wechselbeziehungen zueinander. Einerseits bilden sich die Erscheinungsformen des Lebens in Anlehnung an das bestehende Recht, andererseits hat sich das Recht den bestehenden Lebensformen angepaßt. Beide sind das Produkt eines in gegenseitigen Wechselbeziehungen sich vollziehenden Umbildungsprozesses, der nach einer, wenn auch unerforschlichen Gesetzlichkeit [1]) vor sich geht. Der Weg zur Erkenntnis dieser Gesetzlichkeit führt über die Rechtsvergleichung.

Aber selbst wenn man die Möglichkeit der Erkenntnis dieses Entwicklungsgesetzes bezweifelt, ist damit der Wert der Rechtsvergleichung noch nicht beeinträchtigt; denn unbestritten führt gerade der Vergleich des früheren mit dem heute geltenden Recht, das Forschen nach den Wurzeln, aus denen sich das geltende Recht entwickelt hat, auch zu einer tiefen und eingehenden Betrachtung desselben, zu einem umfassenden Verständnis für die Hauptgedanken, die dem gegenwärtigen Recht zu Grunde liegen.

In diesem Sinn ist es der Zweck dieser Arbeit, der Erkenntnis des gegenwärtig geltenden Besitzrechtes dadurch zu dienen, daß rückschauend die Wurzeln seiner Entstehung, soweit sie im römischen Recht enthalten sind, mit in den Kreis der Betrachtung gezogen werden.

---

[1]) Spranger E.: Lebensformen II. Aufl. Halle 1921, S. 350.

A. Begriff.

Das Wort Besitz, wie es im Bürgerlichen Gesetzbuch gebraucht wird, ist nicht gleichbedeutend mit dem Worte possessio im römischen Recht. Zwar wird das letztere allgemein mit Besitz übersetzt; dies ist auch dadurch gerechtfertigt, daß die überwiegende Mehrzahl der Lebensverhältnisse, die im römischen Recht unter den Begriff possessio fallen, nach dem heutigen Recht als Besitz anzusehen sind. Aber es gibt viele Besitzfälle im heutigen Recht, die keine possessio sind, wie umgekehrt auch das Wort „possessio" in den Quellen des römischen Rechts auf Lebensverhältnisse angewendet ist, die wir heute nicht als Besitz schlechthin bezeichnen.

Um also überhaupt den Vergleich durchführen zu können, ist in erster Linie eine klare Begriffsbildung erforderlich, die genau die Grenzen bezeichnen muß, innerhalb derer wir vom Besitz im Sinn des heutigen oder des römischen Rechts sprechen.

I. Der Besitzbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch

1. Der Besitz etwas Tatsächliches.

Der Besitz ist im Gegensatz zum Eigentum als rechtlicher Herrschaft ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis einer Person zu einer Sache.[1]) Das Vorhandensein des Besitzes ist vom Vorliegen der tatsächlichen Gewalt über die Sache abhängig, da erst die Erlangung der tatsächlichen Gewalt den Besitz begründet, (§ 854 Absatz I BGB.), ihr Aufhören ihn aber beendet (§ 856 BGB.).

Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist dabei im Gesetz nicht näher erläutert. Jedenfalls ist er aber nicht eng körperlich zu verstehen, sondern im weiteren Sinn nach den Anschauungen des

[1]) Wolff, Martin: Im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts v. Enneccerus-Kipp-Wolff, Berlin 1903. Rosenberg, Leo: Kommentar z. BGB., München 1919, Vorbem. vor § 854, S. 13, bezeichnet ihn als ein Rechtsverhältnis im Sinne eines rechtl. geregelten und geschützten Lebensverhältnisses. Dabei ist aber zu wenig auf das körperliche Verhältnis hingewiesen und sind mehr die Folgen desselben, eben rechtlicher Schutz zur Begriffsbestimmung, verwandelt.

Lebens und Verkehrs aufzufassen. Er ist an sich elementarer Art und aus der Tatsache des menschlichen Zusammenlebens unmittelbar entnommen und muß entsprechend den Erscheinungsformen und -Anschauungen dieses Zusammenlebens ausgelegt werden.[2])

2. Das Willensmoment.

Gegenstand vielfachen Streites ist das Willensmoment beim Besitz. Das für das römische Recht ausdrücklich aufgestellte Erfordernis des Willens beim Besitzerwerb (L. 3 § 1 D 41,2: „Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore . . . . . "), wird im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr ausdrücklich verlangt, aber es ist allgemein anerkannt, daß eine Nichterwähnung der Annahme seiner Notwendigkeit nicht entgegensteht. Die Meinungen darüber, was für das Bürgerliche Gesetzbuch infolge dieser Außerachtlassung zu gelten habe, gehen weit auseinander, lassen sich aber im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen:

1. Nach wie vor ist wie im römischen Recht zum Besitzerwerb ein rechtsgeschäftlicher Wille erforderlich, ein Wille, der nur von einem Geschäftsfähigen gebildet werden kann.[4])
2. Obwohl das Gesetz das Erfordernis des Willens nicht mehr erwähnt, besteht es noch fort, jedoch unterstellt das Gesetz von selbst jedem schutzbedürftigen äußeren Machtverhältnis über eine Sache auch das Vorliegen eines entsprechenden Besitzwillens. Dieser Besitzwille ist aber, wie das Besitzverhältnis, rein tatsächlich nicht ein rechtsgeschäftliches Wollen und der erforderliche Wille kann deshalb auch von einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen gebildet werden, wenn derselbe nur zur natürlichen Willensbildung in der Lage ist. Diese Meinung wird wohl von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten und herrscht auch in der Praxis.[5])

---

[2]) Goldschmidt L.: Grundlagen der Besitzlehre, Seite 71.
[3]) Rosenberg L.: Kommentar zum BGB., a. a. O., S. 25.
[4]) Endemann F.: Bürgerliches Recht, Bd. II 1900, S. 137; begründet diese Meinung damit, daß die soziale Anerkennung eines Gewaltverhältnisses nur dann zu Teil werden kann, wenn Antritt und Aufrichtung der Herrschaft als der Ausdruck der freien Beschäftigung eines Verkehrsfähigen erscheinen.
[5]) Siehe v. Wendt O.: Besitz u. Besitzwille in Festschrift für die juristische Fakultät Gießen, Gießen 1907, S. 104. Schliewen: Im Kommentar der Reichsgerichtsräte VI. Aufl. 1928, Anm. 3 zu § 854 Bürgerliches Gesetzbuch. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 106, S. 136.

3. Irgendein Besitzwille ist beim Besitzerwerb oder bei der Besitzausübung[6]) nicht erforderlich. Diese Meinung hat sich besonders bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches gebildet, fußend auf der Tatsache, daß das Willensmoment nicht mehr im Gesetz erwähnt sei.

Richtig erscheint uns die zweite Meinung; denn man kann von einer Gewalt nur bei etwas Bewußtem und Gewolltem sprechen. Zu weit geht aber das Verlangen eines rechtsgeschäftlichen Willens als Träger dieses Bewußtseins. Wie das rein körperliche Verhältnis nur ein tatsächliches zu sein braucht, ebenso braucht auch der das körperliche Verhältnis tragende Wille nur ein rein tatsächlicher zu sein.[7])

3. Die Rechtsnatur des Besitzes.

Als ein auf rein tatsächlichen Verhältnissen aufgebautes Verhältnis zu einer Sache stellt sich der Besitz nicht als Recht dar, sondern ist ein rein äußeres Gewaltverhältnis, das den Schutz der Rechtsordnung genießt und an das sich viele Rechtsfolgen knüpfen.[8]) Um des rechtlichen Schutzes willen, den der Besitz genießt, und wegen der sonstigen Rechtsfolgen wird er zwar wie ein Recht im Sinne des § 823. BGB.[9]) behandelt, er wird aber dadurch noch nicht zu einem Rechte selbst.[10]) Die von Krückmann[11]) aufgestellte Behauptung, daß jeder Besitz Rechtsbesitz sei, ist daher abzulehnen.

4. Zusammenfassende Begriffsbildung.

Nach dem Gesagten läßt sich damit der Besitz, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, definieren als das von der

---

[6]) Vgl.: Strobel: Der Sachbesitz nach dem BGB. Sonderabdruck in Iherings Jahrbuch, Bd. 38, S. 66, 71 ff. Biermann: Kommentar zum BGB. Sachenrecht, 2. Aufl., S. 6. Kniep F.: Der Besitz des Bürgerlichen Rechts gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena 1900, S. 60 ff. und sehr viele Dissertationen z. B.: „Bedeutung des Besitzwillens", Freiburg 1900, S. 19 ff.

[7]) Auch für die Unterscheidung der verschiedenen Besitzarten ist das Heranziehen des Besitzwillens unerläßlich und nur mit seiner Hilfe gelingt es, das Wesen des Besitzes ganz zu erkennen. Vgl. hierbei auch: Jörns, Paul: „Geschichte und System des römischen Privatrechts in Enzyklopädien der Rechts- und Staatswissenschaften. Herausgegeben v. Kohlrausch-Kuskel, Berlin 1927, S. 78.

[8]) v. Staudinger: Anm. 5 zu § 854. Reichsgerichtsrätekommentar: Anm. 1 zu § 861.

[9]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 59, S. 328.

[10]) Hier stimmen die meisten überein, z. B.: Dernburg H.: Bürgerliches Recht, Sachenrecht, S. 42. Gierke O.: Sachenrecht, S. 114. Berg, Hans: Rostocker Dissertation 1905, S. 2 ff. und viele andere.

[11]) Krückmann: Sachenbesitz und Rechtsbesitz im Archiv für Ziv. Praxis, Bd. 108, S. 179 ff.

Rechtsordnung geschützte äußere Gewaltverhältnis einer Person zu einer Sache, getragen von einem auf die äußere Beherrschung der Sache gerichteten natürlichen Besitzwillen.[12])

II. Der Besitzbegriff im römischen Recht.

1. Allgemeines.

Die Besitzlehre des römischen Rechts ist erstmalig von Savigny[13]) übersichtlich dargestellt und behandelt worden, und wenn seine Lehre auch in vielen Punkten bekämpft worden ist,[14]) so bleibt das Verdienst seines lange Zeit unangefochtenen Werkes dadurch doch ungeschmälert. Seine Darlegungen sind auch der nachfolgenden Begriffsentwicklung zugrunde gelegt.

Seinem ursprünglichen Begriffe nach ist der Besitz auch für das römische Recht ein bloßes Faktum,[15]) mit dem Rechtsfolgen verbunden sind. Nur um dieser Rechtsfolgen willen ist der Besitz Gegenstand der juristischen Betrachtung. Sie sind nach Savigny beschränkt auf Usucapion und Interdikte. „Alle Rechtsvorschriften, welche den Besitz als etwas Juristisches betreffen, haben keinen anderen Zweck, als die Möglichkeit der Usucapion oder der Interdikte zu bestimmen".[16]) Je nach dem Ausmaß dieser Folgen lassen sich dabei für das römische Recht drei Stufen für den Besitz unterscheiden, von denen immer die nachfolgende die Voraussetzungen der vorhergehenden mitumfaßt.[17])

1. Die bloße tatsächliche Innehaltung ohne rechtliche Folgen (Detentio).
2. Die tatsächliche Gewalt, ausgestattet mit dem Rechtsschutz durch die Interdikte (oder possesio praetoria).
3. Die tatsächliche Gewalt, ausgestattet mit dem Besitzschutz und mit der Fähigkeit auf Grund besonderer Vorschriften zum Eigentum zu führen. (Usucapionsbesitz).

In allen diesen drei Bedeutungen begegnet uns das Wort „Possessio" bei den römischen Juristen.

4. Es kommen dabei aber auch die Ausdrücke „possessio naturalis" und „possessio civilis" vor. Ueber ihre Bedeutung herrschte weitgehende Meinungsverschiedenheit.

[12]) Staudinger: Anm. 5 zu § 854.
[13]) Savigny Fr. K.: Das Recht des Besitzes, Gießen 1803.
[14]) Am weitesten geht: Seitz K. J.: „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio", Erlangen 1884, der in der possessio ein antikes römisches Eigentum erblickt. (a. a. O., S. XII, S. 242 ff.).
[15]) Savigny Fr. K.: Das Recht des Besitzes, 5. Aufl., Gießen 1827.
[16]) Savigny Fr. K.: a. a. O., S. 24 ff.
[17]) Riccobono:

Erstmals hat Savigny [18]) den Versuch einer einheitlichen Terminologie gemacht, hat aber eine reiche Gegnerschaft gefunden. Die Verwirrung schien unlösbar und wird am besten durch ein Wort Meischeiders [19]) gekennzeichnet. Er sagt von dem Gegensatz von possessio civilis und possessio naturalis, seine Hauptbedeutung bestehe „in den Mißverständnissen, die er veranlaßt hat und durch die er einer der Hebel geworden ist, mittels derer die Juristen des Mittelalters die römische Besitztheorie aus den Angeln gehoben haben."

Neuerdings hat Riccobono [20]) die Frage nach der Terminologie im römischen Besitzrecht wieder aufgegriffen und, wie es scheint, ist ihm die Lösung gelungen. Er zeigt uns, daß der Interdiktenbesitz dem prätorischen Recht angehört (S. 336), während der Usucapionsbesitz dem römischen Zivilrecht (S. 330) angehört. Im justinianischen Recht ist dann der Unterschied weggefallen; bisweilen wird dabei der Besitz, der nicht zur Usucapion befähigt, als possessio naturalis bezeichnet.

Sehr häufig ist aber das Wort naturalis interpoliert, und gerade dadurch ist die große Verwirrung entstanden. Als Endergebnis stellt er zusammen [21]):

„possessio naturalis" ist das äußere körperliche Verhältnis der Person zur Sache und weiter nichts;

„possessio civilis" ist das Besitzverhältnis, welches sich auf einen vom ius civile (und gentium) anerkannten Grund stützt und deswegen vom Rechte mit den mannigfachsten Folgen gebilligt wird. Possessio schlechthin gesagt ist das faktische Verhältnis der Person zur Sache, das als solches vom ius honorarium mit Interdiktenschutz gegen jede Störung und jeden Angriff geschützt wird."

2. Die Erfordernisse.

Im römischen Recht wird der Besitz kraft ausdrücklicher Vorschrift corpore et animo erworben.[22]) Damit steht auch fest, daß corpus und animus die beiden unerläßlichen Erfordernisse für die possessio sind, daß also ein rein körperliches tatsächliches Verhältnis zwischen der Sache und dem Besitzer stehen muß und daß dieses tatsächliche Verhältnis von einem entsprechenden Willen getragen sein muß. Fehlt es an diesem

---

[18]) Savigny Fr. K.: a. a. O., S. 41 ff. u. § 10 „Literaturgeschichte des Begriffs", S. 115 ff.

[19]) Meischeider: Besitz und Besitzschutz, S. 77.

[20]) Riccobono, Salvatore: Zur Terminologie der Besitzverhältnisse in Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, romanische Abtl. Bd. 31, S. 321 ff. Weimar 1910.

[21]) derselbe, S. 338.

[22]) L. 3 § 1 D. 14, 2.

Willen, so entsteht niemals possessio, sondern nur ein rechtlich bedeutungsloses körperliches Verhältnis, detentio.

Aber auch nicht jedes gewollte körperliche Verhältnis ist im römischen Recht possessio, ausgestattet mit dem Schutz der Besitzinterdikte. Dieser Schutz kommt vielmehr nur einer sehr beschränkten Anzahl von Besitzern zu, nämlich dem Eigentumsbesitzer,[23]) dem Faustpfandgläubiger,[24]) dem Prekarist,[25]) dem Sequester,[26]) dem Emphyteuta,[27]) wie dem Superfiziar.[28]) Nur sie sind possessores, alle übrigen bloß Detentoren.

Die Erklärung dieser sonderbaren Erscheinung, daß nur einer sehr beschränkten Anzahl von Inhabern einer Sache wirklicher geschützter Besitz zugeschrieben wird, hat Savigny nun durch eine besondere Formulierung des Besitzwillens zu geben versucht. Er sagt nämlich, daß für die possessio, den geschützten Besitz der Besitzwille ein animus domini oder ein animus rem sibi habendi sein müsse,[29]) daß also der Besitz ursprünglich nur dem Eigenbesitzer zukomme. Da aber neben dem Eigenbesitzer auch andere Inhaber der Sache den Besitzschutz genießen, hat er für diese als Grund des Besitzschutzes die Uebertragung ius possessionis, der sich aus dem Besitz ergebenden Rechte, ohne Eigentum auf den Inhaber angegeben. Ihr Besitz ist deshalb nur ein abgeleiteter.[30]) Und da von diesen Nichteigentümern wiederum nur einer beschränkten Anzahl juristischer Besitz zusteht, sagt er, daß die Uebertragung des ius possessionis nicht in das Belieben der Parteien gestellt ist. Er erklärt vielmehr, daß bei vielen Innehabungsverhältnissen das ius possessionis nie übertragen werden kann,[31]) während es bei anderen stets übertragen wird.[32]) Schließlich gibt es noch solche, bei denen der Besitz teils mit, teils ohne ius possessionis übertragen wird.[33])

Diese Erklärung des auf wenige Besitzer beschränkten Besitzschutzes im obigen Sinne hat häufige Gegnerschaft gefunden. Vor allem ist Ihering [34]) dieser Meinung entgegengetreten, indem er behauptet, daß der Inhalt des Besitzwillens überhaupt nicht für die Scheidung in Interdiktenbesitz und bloße Detentio benützt werden kann. Vielmehr sei jede tatsächliche Gewaltausübung mit dem gerichtlichen Besitzschutz ausgestattet, nur bei einigen Fällen sei der Besitzschutz aus bestimmten Gründen versagt.

---

[23]) L. 1 § 3/8 D. 43, 16.
[24]) L. 35 § 1 D. 13, 7.
[25]) L. 4 § 1 D. 43, 26 und L. 2 § 3 eod. L. 6 § 2 eod.
[26]) L. 39 § D. 41, 2.
[27]) L. 15 pr. § 1 Dr. 2, 8.
[28]) L. 1 pr. D 43, 18.
[29]) Savigny: a. a. O., S. 91 ff.
[30]) a. a. O., S. 279 ff.
[31]) a. a. O. § 23, S. 280.
[32]) a. a. O. § 24, S. 297.
[33]) Das Gezwungene der Erklärung Savignys zeigt sich in ius possessionis.
[34]) v. Ihering R.: Der Besitzwille, Jena 1889.

Diese „einigen Fälle“ sind aber so zahlreich, daß auch diese Erklärung nicht befriedigen kann. Viel einleuchtender erscheint uns die Erklärung, die Regelsberger [35]) für den Besitzschutz gibt, indem er darlegt, daß die Scheidung des Besitzes im römischen Recht in Interdiktenbesitz und Detentio auf einer durch die Verkehrsanforderung begründeten geschichtlichen Entwicklung beruht, nach der der Besitzschutz ursprünglich nur dem Eigenbesitzer zusteht, später aber auch anderen Inhabern einer Sache erteilt wurde.

Wenn also im römischen Recht auch das Erfordernis eines Besitzwillens nicht bestritten ist, so ist doch die Bedeutung dieses Willens Gegenstand des Streites. Im Uebrigen wurde der Besitzwille als rechtsgeschäftlicher Wille verlangt, sodaß verschiedene Personen unfähig waren Besitz zu erwerben, da sie zur Bildung von rechtsgeschäftlichem Willen unfähig waren (Geisteskranke, nach Sav. auch juristische Personen etc.).[36])

3. Zusammenfassung.

Der juristische Besitz des römischen Rechts ist also das äußere Gewaltverhältnis einer Person zu einer Sache (inwieweit hiebei Stellvertretung zulässig ist, siehe unten), das von dem Willen die Sache zu beherrschen getragen ist und von der Rechtsordnung kraft besonderer Vorschriften durch die Besitzschutzklagen geschützt wird.

Um dieses Schutzes willen hat man im Besitz vielfach nicht mehr eine bloße Tatsache, sondern ein Recht erblickt. So ordnet ihn beispielsweise Savigny [37]) wegen der mit den Besitzklagen erzwingbaren Schadensersatzansprüche in das Obligationenrecht ein. Von Bruns [38]) wird aber wohl mit Recht darauf hingewiesen, daß trotz der einem Recht ähnlichen Behandlung, die der Besitz erfährt, dieser selbst nur als Tatsache angesehen werden kann.

B. Bedeutung des Besitzes.

1. Die an den Besitz geknüpften Rechtsvermutungen.

Die rechtliche Bedeutung des Besitzes zeigt sich in den vom Recht an die Tatsache des Besitzes geknüpften Rechtswirkungen und Rechtsfolgen.

Die wichtigste ist die Verkehrserfahrung und die dem Verkehrsbedürfnis entsprechende Legitimationsfunktion des Besitzes. Sie

[35]) Regelsberger F.: Der gerichtliche Besitzschutz nach dem römischen Recht, gemeinen Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Festschrift für die juristische Fakultät Gießen, Gießen 1907

[36]) Savigny Fr. K.: a. a. O., S. 240 ff.

[37]) derselbe: a. a. O., S. 31.

[38]) Bruns: a. a. O., S. 18 ff.

äußert sich darin, daß der Besitzer einer beweglichen Sache als ihr Eigentümer vermutet wird.[1]) (§ 1006 BGB.) Für Grundstücke, bei denen der Besitz nicht erheblich ist, dient die Eintragung ins Grundbuch als Ausweis und die für die Besitzlegitimation ersetzende Eintragung gilt ebenfalls die Vermutung der Richtigkeit (§ 891 BGB.) Ist allerdings eine Grundstücksgrenze streitig und gelingt ihre Auffindung nicht, so ist auch bei Grundstücken der Besitz im Streit über das Eigentum entscheidend, vorausgesetzt, daß sich ein bestimmter Besitzstand überhaupt nachweisen läßt. (§ 920 BGB.)

Die Legitimationsfunktion des Besitzes äußert sich also in der Umkehrung der Beweislast über das Eigentum der im Besitz von Jemand befindlichen Sache. Weiterhin wird aber dem Besitzer um dieser mit dem Besitz verbundenen Legitimation willen „ein die Veräußerung hinderndes Recht" im Sinn von § 771 ZPO. (Zivilprozeß-Ordnung) zuerkannt,[2]) auf Grund dessen er der Zwangsvollstreckung zufolge eines nicht gegen ihn gerichteten Vollstreckungstitels wirksam widersprechen kann. (Wiederspruchsklagen).

Dem gleichen Gedankengang entspricht es auch. wenn auf Grund der Vorschrift des § 932 der Besitzer als zur Uebertragung des Eigentums legitimiert erscheint und dem gutgläubigen Erwerber gegenüber auch legitimiert ist.

Eine praktische Verwertung hat die in der Besitztatsache liegende Legitimation wegen ihrer Einfachheit im Forderungsrecht bei den Inhaberpapieren gefunden, insofern als hier ohne weiteres der Besitzer des die Forderung verbriefenden Papieres, als der zur Forderung Berechtigte vermutet wird. Aus der leicht nachprüfbaren Tatsache des Besitzes wird also das Recht als Gläubiger hergeleitet.

Auf dem gleichen Grundgedanken, der Legitimationsfunktion des Besitzes, beruhen die Vorschriften der §§ 851 und 969. Der erstere bestimmt, daß Schadensersatzleistung wegen Beschädigung oder Entziehung einer Sache, wenn sie an den Besitzer geleistet wird, stets befreit, unabhängig davon, ob der Besitzer auch der wirklich Berechtigte ist oder nicht. Es kommt dadurch zum Ausdruck, daß der Besitz als das äußere Zeichen einer Rechtsposition angesehen wird, auf das sich jeder verlassen kann. Das Gleiche läßt sich in Bezug auf § 969 sagen, wenn dort bestimmt ist, daß der Finder stets durch Rückgabe der gefundenen Sachen an den Verlierer seiner Rückgabepflicht genügt hat, unabhängig

[1]) Beim Besitz durch einen Ehegatten einer bestehenden Ehe oder bei gemeinschaftlichem Besitz derselben wird allerdings zu Gunsten der Gläubiger des Mannes stets das Eigentum des Mannes vermutet. (§ 1362 BGB.)

[2]) RGRK.; Vorbemerkung vor § 854 S .1 und Stein Jonas: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 1929, Anm. 2, 1b zu § 771.

davon, ob der Verlierer — früher Besitzer — ein wirkliches Recht an der Sache hat oder nicht. Ganz ähnliche Vermutungen finden sich noch in den §§ 1117, den Besitz des Hypothekenbriefes betreffend und § 1253 die Rückgabe einer verpfändeten Sache betreffend. In diesen beiden Fällen wird aus dem Besitz auf die Rechtmäßigkeit seiner Erlangung geschlossen.

So ist also der Besitz als äußeres leicht wahrnehmbares Factum rechtlich dadurch von großer Bedeutung, daß an sein Vorliegen wichtige Rechtsvermutungen geknüpft werden. Dies entspricht ganz dem bestehenden Verkehrsbedürfnis, da die Tatsache des Besitzes eine leicht ersichtliche und kontrollierbare ist und daher für den rasch dahinfließenden Verkehr eine geeignete Grundlage für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse abgibt. Der Besitz ist der äußere Schein, von dem aus das Gesetz und der tatsächliche Verkehr auch auf das Sein schließt.

2. Der Besitzschutz.

Wenn an den Besitz als rein äußere Tatsache so ausgedehnte Rechtsvermutungen geknüpft sind, so ist auch verständlich, daß er einen ausgedehnten Schutz durch das Gesetz erfährt. Als Grund des Besitzschutzes erscheinen also hiernach die hinter dem Besitz vermuteten Rechte, insbesondere das Eigentum.[3])

Damit ist aber nicht gesagt, daß dies der alleinige Grund des Besitzschutzes sei. Vielmehr wird man den Besitz auch um seiner selbst willen eines Schutzes würdig erachten, gibt er doch dem Besitzer gegenüber der von ihm besessenen Sache die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung, durch die er günstiger als jeder Nichtbesitzer gestellt ist. Darüber hinaus ist es oberster Grundsatz eines Rechtsstaates, der Anwendung von Gewalt und Eigenmacht soweit irgend möglich vorzubeugen, sodaß als weiterer Grund des Besitzschutzes das Verbot der Gewalt zu gelten hat.

Damit ist zugleich zu der Schrift Iherings über den Grund des Besitzschutzes Stellung genommen, die nur das eine oder das andere Moment als Grund des Besitzschutzes betrachten will und den wahren Grund in dem hinter dem Besitz vermuteten Eigentum erblickt. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Besitzschutz nicht in mehreren Momenten seinen Grund haben könnte, wenn noch dazu diese Momente keineswegs in einem gegensätzlichen einander ausschließenden Verhältnis stehen.

Der Besitzschutz selbst ist nun teils ein mittelbarer, teils ein unmittelbarer. Ein mittelbarer Schutz des Besitzes im gegenwärtigen Recht ist in den Vorschriften der §§ 812 und 823 gegeben. Nach allgemeiner Anschauung von Theorie und Praxis

---

[3]) Ihering Rudolf: Ueber den Grund des Besitzschutzes, Jena 1869, S. 54.

gilt der Besitz als ein Vorteil, der, wenn ohne rechtlichen Grund erlangt, nach § 812 herausverlangt werden kann,[4]) und außerdem wird der Besitz einem Rechte im Sinn des § 823 gleichgestellt, dessen vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung zum Schadenersatz verpflichtet.[5])

Einen mittelbaren Besitzschutz stellt auch § 986 dar, insofern, als die Herausgabeklage des Eigentümers gegenüber dem zum Besitz Berechtigten wirkungslos ist. Die Herausgabeklage des Eigentümers nach § 985 ist aber selbst auch ein Schutz für seinen Besitz, da er mit ihrer erfolgreichen Geltendmachung auch den Besitz erlangt.

Die bis jetzt behandelten Schutzmittel für den Besitz haben wir mittelbare genannt. Die Bezeichnung besteht zu Recht, denn in all diesen Fällen ist es ursprünglich ein Recht, nicht die Besitztatsache selbst, was geschützt werden soll. Entweder wird dabei der Besitz selbst als dieses Recht angesehen (§§ 985, 986), der dadurch auf dem Umwege über das Recht geschützt ist.

An diesen mittelbaren Schutz des Besitzes denkt man aber gewöhnlich nicht, wenn von Besitzschutz die Rede ist. Hier meint man vielmehr die Schutzmittel, die dem Besitz um seiner selbst willen unabhängig von jedem hinter ihm stehenden Recht zukommen, die der berechtigte Besitzer so gut wie der unberechtigte für sich in Anspruch nehmen kann.

Als solche mittelbare direkte Besitzschutzmittel kennen wir das Selbsthilferecht des § 859 und die Besitzklagen des §§ 861, 862. Vielfach glaubt man, die gesetzliche Regelung und Bedeutung des Besitzes erschöpfe sich in diesen unmittelbaren Besitzschutzmitteln. Das ist nicht zutreffend. Immerhin aber sind sie in ihrer Loslösung von jedem hinter der Tatsache des Besitzes stehenden Recht so eigenartig und für das Besitzrecht von so weittragender Bedeutung, daß ihre gesonderte Behandlung in einem eigenen Abschnitte angebracht erscheint.

3. Das römische Recht.

Nach Savigny[6]) beschränkt sich die Bedeutung des Besitzes auf Usucapion und Interdikte. Das ist nicht ganz richtig. Die Bedeutung des Besitzes zeigt sich vor allem in seiner engen Verbindung mit dem Eigentum, in den Vermutungen, die sich aus dem Besitz für das Eigentum ergeben, und Usucapion sowohl als auch Interdikte sind Begleiterscheinungen und Folgen dieser Bedeutung. Es soll hier nicht untersucht werden, ob sie für

[4]) RGRK.: Anm. 1b zu § 812. Staudinger: Anm. I, 3, e, f zu § 812. RGZ.: Bd. 98 S. 131.

[5]) RGRK.: Anm 9 zu § 823. Staudinger: Anm. II A, 2, c, aa, bb zu § 823. RGZ.: Bd .91 S. 65.

[6]) Savigny: a. a. O. S. 24. Bruns: a. a. O. S. 3. Ihering: a. a. O. S. 45.

das römische Recht die einzigen Folgen sind. Insoweit wollen wir uns Savigny anschließen. Wichtig ist nur, festzustellen, daß die Bedeutung des Besitzes auch auf anderem Gebiete liegt. Allerdings erhält diese Bedeutung erst dadurch ihren rechtlichen nachhaltigen Wert, daß sie einen besonderen Schutz genießt.

C. Die besonderen Besitztatbestände im Bürgerlichen Gesetzbuch und ihr Vergleich mit dem römischen Recht.

Die im Gesetz behandelten Voraussetzungen und Folgen des Besitzes sind aber nicht immer dieselben, sondern vielfach durch Besonderheiten variiert. Mit anderen Worten: Der Besitz als Verkehrserscheinung wird vom Gesetz in verschiedenen Tatbeständen aufgeteilt, von denen der bisher in seinen Voraussetzungen und Folgen betrachtete die Regel bildet. Mit Recht weist Wendt[1]) darauf hin, daß die große Verwirrung in den Besitztheorien und die Schwierigkeiten des Ueberblicks in der Besitzlehre nicht zuletzt darauf beruhen, daß übersehen wird, daß der Besitz nicht ein einheitlicher Tatbestand ist, sondern eine Vielheit von Tatbeständen, von denen jeder in seinen Voraussetzungen und Folgen vom anderen abweicht.

In diesem Abschnitt sollen nun die einzelnen Tatbestände — Arten des Besitzes — untersucht werden. Ihr Unterschied wird sich besonders in der Betrachtung der an sie geknüpften Rechtsfolgen zeigen.

Die Darstellung wird sich dabei in bezug auf Tatbestände und Rechtsfolgen auf die Abweichung von dem bisher betrachteten Normalfall, dem unmittelbaren Besitz, beschränken dürfen.

1. Der Eigenbesitz.

§ 872 des Bürgerlichen Gesetzbuches stellt den besonderen Tatbestand für den Eigenbesitz auf. Bei ihm ist das Willensmoment im Gesetz besonders festgelegt. Der Eigenbesitzer muß die Sache „als ihm gehörend" besitzen, sein Wille muß darauf gerichtet sein, neben der tatsächlichen Herrschaft über die Sache auch die rechtliche zu haben. Der Wille des Eigenbesitzers ist also nicht in bezug auf das Besitzen spezialisiert oder vom bisher behandelten Besitz abweichend, sondern in bezug auf die Erweiterung des Willensinhalts auf die rechtliche Beherrschung. Der von Savigny[2]) als ursprüngliches Erfordernis jeden Besitzes aufgestellte animus domini begegnet uns hier also wieder.

---

[1]) v. Wendt: a. a. O. S. 237.
[2]) Savigny: a. a. O. S. 238.

In seinen Rechtsfolgen stimmt der Eigenbesitz mit dem gewöhnlichen Besitz überein. Er hat nur, wie er in bezug auf den Willensinhalt ein zusätzliches Element verlangt, auch in bezug auf die Rechtsfolgen gewisse Erweiterungen im Gefolge. Er kann nämlich Grund für den Eigentumserwerb durch Ersitzung bilden, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Ersitzung — guter Glaube und Zeitablauf — gegeben sind. Der Begriff des Eigenbesitzes begegnet uns im Bürgerlichen Gesetzbuch auch stets dort, wo aus dem Besitz Eigentum erstehen soll. Als Beispiele: § 900 Tabularersitzung, § 927 Kontrabularersitzung, § 937 Ersitzung beweglicher Sachen; § 955 Bedeutung des Eigenbesitzes bei der Aneignung, § 920 Bedeutung des Eigenbesitzes bei der Grenzregelung nach dem Besitzstand.

Der Rechtserwerb durch Besitzergreifung (§ 958) und Besitzausübung (alle Fälle der Ersitzung) wird vielfach wohl mit Recht als ein Rechtsgeschäft angesehen und deshalb wird auch für den mit dem Eigenbesitz verbundenen Willen zur rechtlichen Herrschaft über die Sache die Geschäftsfähigkeit verlangt.[3]) Allerdings wäre es inconsequent, beim Eigenbesitz als Besitzwille überhaupt einen rechtsgeschäftlichen Willen zu fordern. Ein solcher ist nur insoweit erforderlich, als der Eigenbesitz zum Rechtserwerb (Eigentumserwerb) führt, denn nur insoweit ist der Besitzwille des Eigenbesitzers Bestandteil eines Rechtsgeschäftes.

Durch den mit ihm möglicherweise verbundenen Eigentumserwerb nähert sich der Eigentumsbesitz in seiner Bedeutung sehr der possessio civilis des römischen Rechts; denn er enthält alle Merkmale derselben (auch den rechtsgeschäftlichen Willen) und darüber hinaus führt er wie diese unter bestimmten Voraussetzungen zum Eigentum. In den Voraussetzungen des Eigentumserwerbs selbst allerdings weicht das römische Recht vom Bürgerlichen Gesetzbuch ab. So ist heute ein iustus titulus für die Ersitzung nicht mehr verlangt (§ 937), es gibt keine res inhabiles mehr, wie auch die Ersitzungszeiten sich geändert haben. Außerdem ist heute die praktische Bedeutung der Ersitzung infolge der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs (§ 932 folgende BGB.) nicht mehr groß.

2. Der mittelbare Besitz.

Etwas Neues gegenüber dem römischen Recht stellt der im Bürgerlichen Gesetzbuch § 868 erscheinende Begriff des mittelbaren Besitzes dar. Von dem Erfordernis der tatsächlichen Gewalt ist bei ihm ganz abgesehen. An dessen Stelle tritt ein

[3]) v. Staudinger: Anm. 5 zu § 872 und Anm. 10 zu § 937. Manigk: Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach dem BGB. in Arch. f. Bürgerliches Recht Bd. 25 S 324. —— Anderer Meinung: RGRK.: Abs. 2 der Anm. zu § 872. Die dort gegebene Begründung ist aber nicht rechtsüberzeugend.

schuldrechtliches Verhältnis, auf Grund dessen der mittelbare Besitzer vom unmittelbaren Besitzer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt die Herausgabe der Sache verlangen kann oder umgekehrt ausgedrückt, auf Grund dessen der unmittelbare Besitzer „auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist" (868).

Wer die tatsächliche Gewalt als ein für alle Besitztatbestände erforderliches Moment ansieht, muß diesem unmittelbaren Besitz den Besitzcharakter absprechen und wie Wendt [4]) in ihm lediglich eine Fiktion erblicken. Wer aber davon ausgeht, daß das Gesetz verschiedene Besitztatbestände aufstellt und in diesem mittelbaren Besitz nur einen dieser Tatbestände erblickt — der sich von allen anderen dadurch unterscheidet, daß das tatsächliche Gewaltverhältnis durch ein schuldrechtliches Verhältnis ersetzt ist —, wird dazu kommen, auch im mittelbaren Besitzer einen wirklichen Besitzer zu erblicken.[5])

Der Besitz des mittelbaren Besitzers ist aber nicht von einer Art, daß dadurch dem Besitzverhältnis des unmittelbaren Besitzers der Besitzcharakter entzogen wäre. Wäre dies der Fall, so würde der unmittelbare Besitzer zum Detentor im Sinne des römischen Rechts, der als Stellvertreter die tatsächliche Gewalt ausübt. Nach der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind aber beide, der unmittelbare und der mittelbare Besitzer, wirkliche Besitzer, deren Besitzrechte nebeneinander bestehen. Es entspricht dies auch zweifellos einem Verkehrsbedürfnis; denn der mittelbare Besitzer hat ein großes Interesse daran, daß er sein Recht auf Rückgabe der Sache selbst überwachen und gegebenenfalls gegenüber Dritten schützen kann. Durch diese tatsächliche Schutzmöglichkeit wird auch eine Art tatsächliches Gewaltverhältnis zwischen dem mittelbaren Besitzer und der Sache hergestellt, das die Einordnung desselben in die Besitzlehre rechtfertigt.

Diese Ausführungen sind auch schon die Erklärung für die Abweichung des mittelalterlichen Besitzes in den Rechtsfolgen gegenüber dem gewöhnlichen, dem unmittelbaren Besitz.

Weil dem mittelalterlichen Besitzer das nächste körperliche Verhältnis zur Sache fehlt, ist ihm auch der direkte gewaltsame Besitzschutz, das Selbsthilferecht nach § 859 versagt.[6])

---

[4]) Wendt O.: Ist nach den Vorschriften des BGB. die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? I mArch. f. Civ. Prax .Bd. 87 S. 47.

[5]) Strohal: Der Sachenbesitz nach dem BGB. Sonderabdruck in Ihrings Jahrbuch, Bd. 28 S. 17. Anm. 4 zu § 868.

[6]) § 869 erteilt dem mittelbaren Besitzer ausdrücklich nur die Besitzklagen. Eine Ausdehnung auf das Selbsthilferecht des § 859 erscheint unstatthaft. Siehe Staudinger: Anm. 1 zu § 869. Planck: Anm. 2 zu § 869. Es ist dies nicht unbestritten. a. a. O. § 237, Gierke § 116, 141 15 und andere sind der Ansicht, daß dem mittelbaren Besitzer auch das Recht der Selbsthilfe nach § 859 zusteht.

Für ihn müssen die allgemeinen Schutzmittel der Selbsthilfe, wie sie die §§ 227 und 229 geben, ausreichen.[7])

Das Selbsthilferecht nach § 859 soll ja der unstatthaften Veränderung des tatsächlichen Gewaltverhältnisses durch rasches Handeln entgegenwirken; seine Erteilung an den mittelbaren Besitzer wäre damit zumeist auch nutzlos.

Wohl aber ist dem mittelbaren Besitzer der gerichtliche Besitzschutz zuerkannt. In Bezug auf diesen Rechtsschutz konkurieren also der unmittelbare und der mittelbare Besitzer. Damit das Ziel des Besitzschutzes doch für beide einheitlich ist, kann der mittelbare Besitzer mit den Besitzklagen nicht die Einräumung des Besitzes an sich, sondern nur an den unmittelbaren Besitzer verlangen. Wenn dieser allerdings den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, tritt der mittelbare Besitzer an seine Stelle und kann Einräumung des unmittelbaren Besitzes an sich verlangen (§ 869).

Im Besitzverhältnis der beiden Besitzer zueinander, also im Verhältnis von unmittelbarem und mittelbarem Besitzer ist natürlich auch eine Einschränkung erforderlich. Hier gilt überhaupt nur der unmittelbare Besitzer als Besitzer, nur ihm stehen die Besitzschutzmittel zu. Der mittelbare Besitzer ist ihm gegenüber auf das Recht beschränkt, aus dem er seinen mittelbaren Besitz ableitet und auf Grund dessen er Herausgabe und damit Besitzeinräumung an sich verlangen kann.[8]) Im übrigen aber ist der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren gleichgestellt, er ist „auch Besitzer" und deshalb finden auf ihn die Vorschriften, die auf den Besitz Bezug nehmen, in gleicher Weise Anwendung wie auf den unmittelbaren Besitzer.[9]) Eine selbstverständliche Abweichung findet sich noch in § 1006 Absatz 3 des Inhalts, daß beim Bestehen eines mittelbaren Besitzverhältnisses die Eigentumsvermutung nur zu Gunsten des mittelbaren Besitzes spricht.[10])

Was noch die übrigen bei der Bedeutung des Besitzes behandelten Rechtsvorschriften anbelangt, so läßt sich kurz sagen: Der mittelbare Besitzer kann niemals Verlierer im Sinne des § 969 sein, fällt also stets nur unter die sonstigen Empfangsberechtigten im Sinn der bezeichneten Vorschrift. Bei der Grenzermittlung nach § 920 fällt der Besitzstand des mittelbaren Besitzers dem Umfang nach stets mit dem unmittelbaren zusammen.

---

[7]) Protokolle: III S. 226.

[8]) Uebereinstimmend die meisten: Staudinger: Anm. 2 zu § 869, Protokolle III S. 226. Gierke: Verhandlungen d. 24. Deutsch. Jur. Tages, Bd 3, S. 37.

[9]) Staud.: Anm. I, 3 zu § 886.

[10]) Ist der mittelbare Besitzer ein Ehegatte einer bestehenden Ehe, so greift § 1362 ein.

Als Inhaber im Sinne des § 793 (Inhaberpapiere) kommt der mittelbare Besitzer nicht in Betracht, da sich der Begriff der Innehabung nur auf ein rein tatsächliches Verhältnis erstreckt, mit dem Besitz also wohl sehr häufig in allen Fällen zusammenfällt. (Verschiedenheit auch beim Besitzdiener!)

Dem römischen Recht war ein dem mittelbaren Besitz entsprechendes Doppelverhältnis unbekannt. Im Gegenteil war hier gesagt, daß aller Besitz ausschließend ist, daß mehrere nicht gleichzeitig dieselbe Sache besitzen können. „Plures eandem rem in solidum possidere non possunt . . . . . — Beim Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, das bei uns den mittelbaren Besitz begründet, stand der Besitz im römischen Recht immer nur einem von beiden zu, entweder dem heutigen unmittelbaren Besitzer (das war der Fall des abgeleiteten Besitzes nach Savigny) oder dem heutigen mittelbaren Besitzer (der Fall, in dem nach Savigny [11]) der juristische Besitz nie oder nur zuweilen [12])übertragen wird.) Im letzteren Fall war der Inhaber der tatsächlichen Gewalt nur Vertreter des Besitzers in der Gewaltausübung, er war bloßer Detentor. Im Falle der Störung oder Entziehung des Besitzes war nicht sein Besitz gestört, sondern der Besitz dessen, für den er ihn ausübt. Dieser allein konnte mit der Besitzklage vorgehen.[13])

3. Der Besitzdiener.

Das Verhältnis eines Vertreters im Besitz, wie wir es im römischen Recht zwischen Detentor und Possessor nach obigen Ausführungen kennen, begegnet uns im bürgerlichen Recht in veränderter Gestalt beim Besitzdiener. Gemeinsam ist, daß Besitzdiener und Detentor nicht vollwertige Besitzer sind, obwohl sie die Sache haben. Wendt [14]) will sogar darüber hinaus auch den Grund hiefür für beide gemeinsam darin sehen, daß beiden der Besitzwille fehlt. Damit stellt er eine völlige Analogie zwischen beiden her, sodaß nur ein Unterschied im Ausmaß der praktischen Anwendung bestehen bliebe.

Das geht aber doch zu weit. Der Besitzdiener des Bürgerlichen Gesetzbuches ist ein Besitzvertreter, der als solcher nicht auf Grund einer Konstruktion des Gesetzes erscheint, wie dies beim Detentor des römischen Rechts der Fall ist, sondern der im praktischen Leben nach der Erfahrung des täglichen Verkehrs als Besitzvertreter empfunden wird. Dieser Empfindung ist das Gesetz in seinen Bestimmungen gefolgt. Die Ent-

---

[11]) Savigny: a. a. O. S. 279 ff.
[12]) derselbe: a. a. O. S. 303 ff.
[13]) Sohm R.: Institutionen des römischen Rechts 13. Aufl. Leipzig 1908 S .409.
[14]) v. Wendt O.: Besitz und Besitzwille a. a. O. S. 95.

scheidung der Frage in strittigen Fällen, ob ein Besitzdienerverhältnis gegeben ist oder nicht, ist deshalb auch in enger Anlehnung an die Anschauung des Verkehrs zu treffen.

Im Tatbestand (§ 855 BGB.) weicht der Besitz des Besitzdieners vom gewöhnlichen Besitz dadurch ab, daß dieser die tatsächliche Gewalt „für einen anderen ausübt" und er „den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat", sodaß nach allgemeiner Verkehrsanschauung nur dieser andere als Besitzer erscheint, was anzunehmen ist, wenn diese Besitzausübung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis stattfindet.

Für das Besitzdienerverhältnis wird es dabei notwendig sein, daß die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners über die Sache derart unter der Kontrolle des Besitzherrn steht, daß dieser nicht nur durch rechtlich verbindliche Anordnungen an den Besitzdiener auf die Sache einwirken kann, sondern darüber hinaus auch stets die Möglichkeit hat, direkt auf die Sache einzuwirken, (evtl. durch andere Besitzdiener) seinen Willen direkt zu verwirklichen. Auch er steht also noch in einem tatsächlichen Gewaltverhältnis zur Sache. Und gerade auf Grund dieser tatsächlichen Möglichkeit (im Gegensatz zur rechtlichen durch den Befehl) wird die Verkehrsanschauung ihn als Besitzer anerkennen. Und zwar ist er in diesem Fall kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzgebers (§ 855) allein Besitzer, sodaß also für das Verhältnis von Besitzherrn zu Besitzdiener auch heute noch der oben erwähnte Satz des römischen Rechts gilt, nach dem von mehreren immer nur einer den Besitz hat.

Die tatsächliche Gewaltinnehabung des Besitzdieners ist also kein Besitz. Der Besitzdiener ist vielmehr das Werkzeug des Besitzherrn, dessen sich dieser bei der Besitzausübung bedient, ohne deshalb auf die Möglichkeit eigener Gewaltausübung auf die Sache zu verzichten. Darin besteht auch der wesentliche Unterschied des Besitzdienerverhältnisses gegenüber dem des römischen Detentors, daß bei letzterem das körperliche Verhältnis des juristischen Besitzers zur Sache vollkommen gelöst sein konnte und nur der Detentor die tatsächliche Gewalt ausüben konnte, während beim Besitzdienerverhältnis der Besitzherr selbst stets noch einen Rest der tatsächlichen Gewalt behält, auf Grund dessen ihm nach den Anschauungen des Verkehrs die direkte Einwirkung auf die Sache möglich ist.[15])

Für den Besitzdiener treten, weil er überhaupt nicht Besitzer ist, auch nicht die Rechtsfolgen ein, die mit dem Besitz sonst verknüpft sind, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich ein anderes bestimmt. Aus seinem Verhältnis zur Sache wird nicht sein Eigentum vermutet, es stehen ihm die Besitzklagen nicht zu,

---

[15]) Staud.: Anm. II zu § 855.

sein Besitzverhältnis geht nicht auf seine Erben über und ist auch keine ausreichende Grundlage für eine Ersitzung.

Nur das Selbsthilferecht des § 859 ist auch dem Besitzdiener durch besondere Vorschrift (§ 860) eingeräumt, in der Erkenntnis, daß in vielen Fällen am leichtesten von ihm die Rechte der Selbstverteidigung wahrgenommen werden können, in vielen Fällen geradezu er allein dazu in der Lage sein wird, da dem Besitzherrn ein so rasches Eingreifen, wie es in § 859 verlangt wird, doch vielfach nicht möglich ist.

Als „Inhaber" im Sinne des § 793 wird allerdings häufig auch auch ein Besitzdiener erscheinen können; denn bei der Innehabung kommt es nur auf das nach außen in Erscheinung tretende Gewaltverhältnis an und das Gewaltverhältnis tritt gerade bei der hier in Frage kommenden Art von Sachen, den Inhaberpapieren, ganz wenig oder gar nicht in Erscheinung.

Eine Schadensersatzleistung nach § 851 wird die befreiende Wirkung auch dann haben, wenn sie an den Besitzdiener geleistet wird. Der Zweck der Vorschrift ist ja die Legitimation des Berechtigten durch eine rein äußere Tatsache des Verkehrs, die gerade beim Besitzdiener vorliegen wird. Man wird also die Schadensersatzleistung an den Besitzdiener immer dann als befreiend ansehen müssen, wenn dem Leistenden das Vorliegen des Besitzdienerverhältnisses nicht bekannt oder nicht durch grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Die Rückgabe an den Verlierer im Fall des § 969 kann naturgemäß auch eine Rückgabe an den Besitzdiener sein. Man wird hier trotzdem die befreiende Wirkung versagen müssen, wenn dem Finder bekannt war, daß der Verlierer nur Besitzdiener war und daß das Besitzdienerverhältnis erloschen ist.[16])

Für den gutgläubigen Erwerb im Sinne des § 932 ist zu beachten, daß beim Erwerb vom Besitzdiener dieser in den meisten Fällen durch die Veräußerungsverhandlung das Besitzdienerverhältnis bricht, sich zum Eigenbesitzer macht und damit gutgläubiger Erwerb von ihm wohl möglich ist. In fast allen Fällen wird aber dann die Ausnahmevorschrift des § 935 zutreffen; die Sachen gelten als dem eigentlichen Besitzer abhanden gekommen, wodurch er geschützt ist, da dann die Regeln des gutgläubigen Erwerbs nicht Platz greifen.

4. Der Teilbesitz.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt auch den Besitz an einzelnen Teilen einer Sache, selbst wenn diese wesentliche Bestandteile der ganzen Sache sind. Erforderlich ist nur, daß sie einer selbständigen Herrschaft fähig sind. Damit wird für den

[16]) Staud.: Anm. 6 zu § 969.

Besitz als Tatsache von dem nach § 93 für Rechte geltenden Grundsatz abgewichen. Eigenbesitz an solchen wesentlichen Bestandteilen allerdings ist naturgemäß möglich.[17]) In Bezug auf den von ihm besessenen Teil ist der Teilbesitzer allein Besitzer und genießt alle sich daraus ergebenden Rechte. Vielfach wird allerdings mit dem Teilbesitz (z. B. Stockwerksmiete) ein mittelbares Besitzverhältnis verbunden sein, wodurch der Teilbesitzer regelmäßig einen mittelbaren Besitzer neben sich hat.

Was die Rechtsfolgen anlangt, muß, soweit sich der Teilbesitz auf wesentliche Bestandteile erstreckt, auf Grund der Vorschrift des § 93 auch eine Einschränkung in Bezug auf die Eigentumsvermutung des § 1006 Platz greifen. Dem Teilbesitzer steht auch kein „die Veräußerung hinderndes Recht" im Sinn von § 771 Zivilprozeßordnung zu. Ein gutgläubiger Erwerb vom Teilbesitzer wesentlicher Bestandteile kann natürlich bezüglich dieser Bestandteile nicht erfolgen. Auch bezüglich sonstiger Bestandteile wird bei Kenntnis des Teilbesitzes vielfach grobe Fahrlässigkeit des Erwerbenden anzunehmen sein, die seinen guten Glauben ausschließt.

Auch dem römischen Recht ist der Teilbesitz bekannt, allerdings ist der Teilbesitz an wesentlichen Bestandteilen einer Sache auf Grund des Rechtscharakters des Besitzes von vielen verneint worden.[18])

5. Der Mitbesitz.

Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist auch der Mitbesitz für möglich erklärt und geregelt. Im römischen Recht war die Möglichkeit des Mitbesitzes vor Justinian eine viel erörterte Streitfrage, durch deren Bejahung beziehungsweise Verneinung sich unter anderem die Schule der Sabinianer und Prokulejaner von einander unterschied. In der Gesetzgebung Justinians ist die Frage im verneinenden Sinn entschieden worden.[19])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich aber hier der Verkehrsauffassung angepaßt. Die Mitbesitzer sind dabei nicht etwa Besitzer nach ideellen Bruchteilen, das wäre nur denkbar, wenn der Besitz ein Recht wäre. Sie sind vielmehr Besitzer der ganzen Sache, allerdings beschränkt durch den gleichen Besitz der übrigen Mitbesitzer (z. B. eine Treppe in einem Miethaus, in dem viele Parteien wohnen). Die Rechtsgrundlage der mehreren Mitbesitzer kann natürlich eine verschiedene sein und spielt keine Rolle (etwa Mitbesitz von Eigentümer und Pfandgläubiger).

[17]) Kress: Besitz und Recht S. 289. Staud.: § 865, c.
[18]) Savigny: a. a. O. 260 unter Bezugnahme auf L. 44 § 1 D. 44, 7.
[19]) L. 3 § 5 D. 41, 2. Ueber den Streit selbst siehe: Savigny a. a. O. S. 136 ff.

Der Besonderheit im Tatbestand, die im Gesetz weiter nicht erklärt wird und die in der Beschränkung des Besitzes durch die Mitbesitzer besteht, entspricht dann eine gewisse Abweichung in den Rechtsfolgen. So spricht natürlich die Eigentumsvermutung des § 1006 für Miteigentum, soweit diese Vermutung nicht überhaupt nur zugunsten eines einzigen mittelbaren Besitzers besteht (§ 1006 Absatz III), bei den übrigen aus dem Legitimationscharakter des Besitzes sich ergebenden Fällen ist die Unterscheidung entsprechend zu treffen.

Ausdrückliche Vorschrift stellt das Gesetz nur für den Besitzschutz auf. Nach außen, gegenüber Dritten, ist er unverändert jedem Mitbesitzer gegeben, wobei allerdings der Mitbesitzer bei Entziehung oder Störung nur wieder Einräumung des Mitbesitzes oder Herstellung eines Zustandes ungestörten Mitbesitzes verlangen kann.[20])

Auch im Innenverhältnis der Mitbesitzer untereinander besteht der Besitzschutz; allerdings mit der weitgehenden Einschränkung, daß er dort versagt ist, wo Streit über die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs steht (§ 866). Bei Besitzentziehung durch einen Mitbesitzer kann also von diesem durch die Besitzschutzmittel Wiedereinräumung des Mitbesitzes verlangt werden. Der Streit wegen einer Besitzstörung wird allerdings in fast allen Fällen ein solcher über die Grenzen des Gebrauchs sein, so daß er nicht als Besitzstreit geführt werden kann, sondern nur unter Zurückgreifen auf das Einzelnen zustehende Recht.[20])

6. Zusammenfassender Vergleich mit dem römischen Recht.

Nach dieser Behandlung der einzelnen Besitzarten, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, soll nochmal an die Einteilung des Besitzes im römischen Recht erinnert und versucht werden, zwischen beiden Vergleiche zu ziehen.

Wir haben für das römische Recht als Besitzarten festgestellt:

1. detentio,
2. possessio praetoria oder Interdiktenbesitz,
3. possessio civilis oder Usucapionsbesitz.

[20]) Von einzelnen wird für alle Fälle der Besitzstörung durch einen Mitbesitzer ein solcher Streit über die Grenzen des Gebrauchs angenommen und damit die Möglichkeit der Besitzstörungsklage einem Mitbesitzer gegenüber überhaupt verneint, was aber zu weit gehen dürfte. Erforderlich ist eben, daß die Grenzen und Rechte eines Mitbesitzes vorliegen. Staud.: § 866, Anm. 2, b, bb. Wolff Martin: Der Mitbesitz nach dem Recht des BGB. in: Iherings Jahrbuch Bd. 44 Seite 168.

[21]) Unter Justinian, wo der Unterschied zwischen prätorischem und zivilem Besitz weggefallen, war auch possessio naturalis genannt. — Siehe: Riccobono: a. a. O. S. 342 ff.

Eine ganz gleich laufende Einteilung läßt sich auch an den gegenwärtigen Besitzarten aufstellen durch Dreiteilung.

1. Besitzdiener,
2. Besitzer,
3. Eigenbesitzer.

Es ergibt sich damit folgende Gegenüberstellung:

I. detentio = Besitzdienerschaft,
II. possessio-praetoria = Besitz,
III. possessio-civilis = Eigenbesitz.

Die Rekapitulation der bisherigen Ausführungen sagt uns auch sofort, daß zwischen den einzelnen einander gegenübergestellten Begriffen eine enge Verwandtschaft besteht und daß sich nur die Grenzen verschoben haben.

Die Besitzdienerschaft erfaßt heute nur mehr einen Ausschnitt aus dem detentio des römischen Rechts. Der Rest desselben ist zum vollwertigen Besitz geworden, wodurch der heutige Besitz gegenüber der possessio eine mehr ansehnliche Erweiterung erfahren hat. Eigenbesitz und possessio civilis sind in ihrem juristischem Umfang ziemlich gleich geblieben, während die Fälle praktischer Anwendung durch die Veränderung der Bedingungen der heutigen Ersitzung und durch die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs gegenüber der Usucapion eine ziemlich erhebliche ist. Erwähnt sei nur, daß unter „Besitz" im Sinn obiger Gegenüberstellung alle Besitztatbestände gemeint sind mit Ausnahme der Besitzdienerschaft und des Eigenbesitzes. In Bezug auf die sonstigen Unterschiede der einander gegenübergestellten Begriffe kann wohl auf die früheren Ausführungen verwiesen werden. Diese lassen zwar erkennen, daß die vorgegangeneWandlung eine recht bedeutsame ist, aber immerhin zeigt gerade die vorgenommene Gegenüberstellung, daß die Wurzeln des römischen Besitzrechts auch im heutigen Besitzrecht noch deutlich erkennbar sind und die Begriffsgliederung der alten Römer noch in das heutige Recht seine Schatten wirft.

7. Der Rechtsbesitz.

Gibt es einen Besitz an Rechten? Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist diese Frage zu verneinen. Der Besitz erstreckt sich nach heutigem Recht nur auf Sachen. Davon bildet es auch keine Ausnahme, wenn die §§ 1029 und 1090, Absatz II die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften auf die Ausübung von Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten für entsprechend anwendbar erklären. Gerade dadurch, daß das Gesetz von entsprechender Anwendung spricht, zeigt es ja an, daß es einen Besitz an diesen Rechten nicht kennt.

Die beiden erwähnten Vorschriften sind aber die letzten Rechte einer Entwicklung, die das römische Recht in Deutsch-

land genommen hat. Da es dem detentor den Besitzschutz versagt, waren dadurch viele schutzwürdige Interessen ohne Besitzschutz, den nur das gemeine Recht in Fortbildung des römischen dadurch zu gewähren versuchte, daß es bei diesen Detentoren einen Besitz ihres Rechtes anerkannte, der als solcher den Schutz genoß.[22]) Durch die Einführung des Begriffs des mittelbaren Besitzes und den bei ihm anerkannten und geschützten Doppelbesitz ist der auf einen unnatürlichen Ausbau des Besitzgriffs beruhende Rechtsbesitz als Grundlage für einen Besitzschutz überflüssig geworden und gefallen. Gerade in dieser Hinsicht bedeutet das Bürgerliche Gesetzbuch einen erfreulichen Fortschritt gegenüber dem römischen Recht mit seiner Schutzlosigkeit schutzbedürftiger Interessen (detentor) als auch gegenüber dem gemeinen Recht mit seiner unnatürlichen Konstruktion des Rechtsbesitzes.

Der Besitz der Erben und der fehlerhafte Besitz, die man eventuell noch als besondere Besitztatbestände auffassen könnte, kommen in anderem Zusammenhang in späteren Abschnitten zur Erörterung.

D. Der Besitzerwerb.

1. Der Besitzerwerb ohne Mitwirkung eines Besitzvorgängers.

Zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes gehört die Erlangung der tasächlichen Gewalt über die Sache (§ 854). Soweit es sich dabei um Besitzerwerb von besitzfreien Sachen handelt oder um Besitzerwerb ohne Einwilligung des bisherigen Besitzers, kann man von einem originären Besitzerwerb sprechen, da sich dieser Besitz nicht von einem anderen ableitet, vielmehr aus dem Handeln des Besitzerwerbenden allein entsteht. Inwieweit bei diesem Besitzerwerb das Willensmoment eine Rolle spielt, ist bereits oben dahingehend ausgeführt worden, daß auch für das heutige Recht ein Wille zum Besitzerwerb verlangt werden muß, daß aber ein sogenannter natürlicher Wille ausreicht.

Für das römische Recht wird, wie ebenfalls bereits dargetan, ein rechtsgeschäftlicher Wille gefordert.

Im übrigen sind die Erfordernisse für beide die gleichen, wenn man der Tatsache eingedenk ist, daß im römischen Recht possessio nur für eine beschränkte Anzahl von Besitzern entstehen kann, nämlich für die, denen das Gesetz ausdrücklich Besitzschutz erteilt (s. o.).

Zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt, des corpus ist eine nach außenhin erkennbare Handlung, eine körperliche Besitzergreifung erforderlich. Das römische Recht gibt uns hierfür Bei-

---

[22]) Regelsberger: Der gerichtliche Besitzschutz a. a. O. S. 265.

spiele,[1]) die heutigen gerichtlichen Entscheidungen bringen demgegenüber nichts Neues.[2]) Allerdings wird man das körperliche Verhältnis, das durch die Besitzergreifung entsteht, nicht zu eng oder gar wörtlich nehmen dürfen und wir geben Randa[3]) gern recht, wenn er die bloße unmittelbare Gegenwart für genügend erklärt „vorausgesetzt, daß der sofortigen pyhsischen Ergreifung nichts im Wege steht". Wenn manche ein direktes Ergreifen mit der Hand oder betreten mit dem Fuß verlangt haben,[4]) so ist das für die Herstellung eines Gewaltverhältnisses zu wörtlich ausgelegt und wurde schon von Savigny[5]) auf ein natürliches Maß eingedämmt.

Für das heutige Recht besteht kein Zweifel darüber, daß ein körperliches Berühren nicht erforderlich ist, vielmehr, daß das Entstehen „der tatsächlichen Gewalt" eines unmittelbaren Gewaltverhältnisses nach der Anschauung des Verkehrs zu beurteilen ist;[6]) als Kriterium kann dabei zumeist gelten, daß die Möglichkeit bestehen muß, Dritte von der Möglichkeit der Einwirkung auszuschließen.[7]) Nach der Verkehrsanschauung wird dabei die Anforderung strenger sein, wenn es sich um die Besitzergreifung von Sachen handelt, die bereits im Besitz eines anderen sind, da hier die tatsächliche Gewalt und der Wille des anderen Hindernisses sind, die sich dem Besitzerwerber in den Weg stellen. Erst wenn der Erwerbende ein äußeres Verhältnis herstellt, durch das seine Gewalt begründet, die des Vorbesitzers aber zweifellos beseitigt ist, wird man hier vom Besitzerwerb durch Besitzergreifung sprechen können.[8])

Dies spielt eine besondere Rolle beim Besitzerwerb durch den Besitzdiener entgegen dem Willen des Besitzherrn. Daß hier ein bloßer Willensvorbehalt nicht genügt, wird ziemlich allgemein anerkannt,[9]) es wird aber in diesem Fall auch ein zum Aneignungswillen tretendes körperliches Verhältnis nicht genügen, solange noch die Möglichkeit besteht, daß der Besitzherr auf die Sache direkt, eventuell auch durch andere Besitzdiener einwirkt.

[1]) L. 3 § 3 D. 41, 2 (Besitzergreifung beim Schatz. L. 5 § 2, 3 D. 41, 2 (Wilder Bienenschwarm und dessen Waben).
[2]) RGZ.: Bd. 72, S. 310; hier erfordert das Reichsgericht für die Besitzergreifung einen äußerlich erkennbaren Vorgang.
[3]) Randa: Der Besitz nach Oesterr. Recht, Leipzig IV. Aufl. 1895 S. 411.
[4]) Nachweise bei: Savigny: a. a. O. S. 185.
[5]) derselbe: a. a. O. S. 191.
[6]) Staud.: Anm. I, 1 zu § 854.
[7]) Protokolle III S. 29.
[8]) Berg: a. a. O. S. 48.
[9]) Staud.: Anm. IV. zu § 854 und die dort angegebene Literatur.

2. Besitzerwerb durch Uebergabe oder Einigung.

Neben dem originären Besitzerwerb tritt Besitzerwerb durch Besitznachfolge mit Willen des Vorbesitzers. Dies kann durch Uebergabe geschehen; dann gilt der Besitz mit der vollzogenen Uebergabe als erlangt, denn mit ihr ist die tatsächliche Gewalt des Erwerbers begründet, die des Uebergebenden erloschen. Das Besitzerwerbverhältnis des Uebergebenden ist dabei aber nicht immer schon aufgehoben, denn sehr häufig erwirbt der Uebergebende durch Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Erwerber nur auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, durch die Vereinbarung eines sogenannten Besitzmittlerverhältnisses, den mittelbaren Besitz. Sein Besitz verwandelt sich nur von einem unmittelbaren in einen mittelbaren und er bleibt durch den letzteren mit der Sache noch in einer besitzrechtlichen Verbindung.

Die körperliche Uebergabe der Sache ist aber nicht immer möglich oder wäre doch vielfach mit großen Schwierigkeiten und Unannehmlichkeiten verbunden. Man denke nur an ein Grundstück oder an gefälltes Holz, das noch im Walde liegt. Für diese Fälle schafft § 854 Absatz II eine bedeutsame Erleichterung. Nach ihm genügt die Einigung mit dem bisherigen Besitzer über den Besitzübergang, „wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben".

Es ist bestritten, ob diese Vorschrift auch rein theoretisch eine Erleichterung bedeutet, da ja das Erfordernis der tatsächlichen Gewalt für den Besitzerwerb bestehen bleibt. Mit Recht wird aber diese Frage von der herrschenden Lehre bejaht.[10]) Denn während sonst beim Besitzerwerb bezüglich einer Sache, die vorher im Besitz eines anderen war, die Ausschliessung der tatsächlichen Gewalt des früheren Besitzers gefordert werden muß (s. o.), kann von diesem Moment in den Fällen des § 854 Absatz II abgesehen werden. Es ist aber nicht erforderlich, daß die Möglichkeit der tatsächlichen Gewaltausübung durch den Vorbesitzer erlischt, sondern nur, daß diese Möglichkeit für den Erwerber unbeschränkt besteht. (Beispiel: Der Erwerber ist Besitzdiener oder es handelt sich um ein Grundstück, das allgemein zugänglich ist). An die Stelle der Ausschließung der Zugriffsmöglichkeit des Vorbesitzers, die natürlich auch gegeben sein kann, aber nicht gegeben sein muß, setzt das Gesetz hier ein anderes Erfordernis: die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers. Auch wenn das Gewaltverhältnis dabei unverändert bestehen bleibt, so erlischt doch auch in diesem Fall zweifellos dessen Besitz.

Den Grund für die Beendigung des Besitzes des früheren Besitzers erblickt der Verfasser darin, daß dessen Besitzwille zu be-

[10]) v. Staudinger: § 854 Anmerkung II. RGRK.: § 854 Anmerkung IV.

stehen aufhört, wenn auch das äußere Verhältnis unverändert fortbesteht. Auch die bloße Beendigung des Besitzwillens beendigt hiernach den Besitz, vorausgesetzt, daß das Aufhören des Besitzwillens äußerlich wahrnehmbar in Erscheinung tritt. In unserem Fall äußert sich die Beendigung des Besitzwillens durch die Einigung mit dem Erwerber.

Weil in den Fällen des § 854 Absatz II durch bloße Einigung der Parteien der Besitz übertragen werden kann, kann man für das bürgerliche Recht entgegen der Meinung von Kniep [11]) auch von einer Singularsuccession in den Besitz sprechen. Zwar kann man, wie Kniep sagt, das körperliche Verhältnis auf den anderen nicht übertragen, aber bei schon bestehendem tatsächlichen Verhältnis, das noch kein Besitz ist, wird hier durch die bloße Willenseinigung der Besitz übertragen und gehen damit auch die mit ihm verbundenen Rechte über.

Für das römische Recht wird die Frage der Singularsuccession in den Besitz von Savigny verneint, weil dort (etwa bei der Uebertragung der possessio auf den detentor) die Einigung niemals über den Besitzübergang, sondern stets über den Rechtsübergang stattfindet.[12]) Es hängt dies eng mit der etwas künstlichen Natur der römischen possessio zusammen.

Welche ist nun die rechtliche Natur der Einigung nach § 854 Absatz II? —

Jedenfalls ist diese Einigung ein Vertrag besonderer Art, denn durch sie wird nicht ein Recht übertragen, sondern der Besitz, der nach unseren Ausführungen kein Recht ist. Es ist deshalb der von Staudinger [13]) gegebenen Begründung für die Auffassung, daß diese Einigung ein Rechtsgeschäft sei, nicht beizupflichten. Viele sehen in ihr ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht, so z. B. die Motive [14]) und Männer.[15]) Planck [16]) sagt, zwar ist die Besitzübertragung keine Rechtsübertragung, aber es handelt sich hier um eine rechtserhebliche Einigung, für die wegen der damit verbundenen Folgen die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte am Platz ist. Dieser Ansicht ist beizutreten. Es läßt sich aber noch ein weiterer Gesichtspunkt für ihre Begründung anführen. Durch die Einigung verliert nicht nur der eine Teil den Besitz und die damit verbundenen Rechte, sondern der andere erwirbt ihn und die Rechte. Ohne eine be-

[11]) Kniep F.: Der Besitz des Bürgerlichen Rechts gegenübergestellt dem römischen Recht und gemeinen Recht. Jena 1900 S. 108.

[12]) Savigny: a. a. O. S. 12 ff. Demgegenüber werden allerdings sehr beträchtliche Einwendungen erhoben. Siehe z. B.: Graf Piniski: S. 14 etc

[13]) Staud.: 854 Anm. II. 2, b.

[14]) Motive III Seite 91.

[15]) Männer: Das Recht der Grundstücke nach dem BGB.

[16]) Planck: Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches, III. Bd. 1902 § 854 Anm. 3 a.

sondere Veränderung in der Außenwelt, nur durch die bloße Einigung, gehen also die aus dem Besitz sich ableitenden Rechte auf den Erwerber über, sie werden durch die Einigung auf den Erwerber übertragen. Aber selbst, wenn man eine direkte Uebertragung der aus dem Besitz sich ergebenden Rechte für unmöglich erklärt, so besteht doch kein Zweifel darüber, daß durch die hier in Frage kommende Einigung diese Rechte auf der einen Seite untergehen, auf der anderen Seite entstehen. Wenn aber Untergang und Entstehung von Rechten die Folgen einer Willenserklärung sind, wird man für diese Willenserklärung die Regeln der Rechtsgeschäfte anwenden müssen. Dadurch kommen aber auch die Vorschriften über Willensmängel, über Form, Bedingungen, Zeitbestimmung usw. ohne weiteres in Bezug auf diese Einigung zur Anwendung.

3. Besitzerwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruches.

In den bisherigen Fällen hat es sich immer darum gehandelt, daß der Erwerber unmittelbaren Besitz erwirbt, der Vorgänger im Besitz aber unmittelbaren Besitz verliert, beziehungsweise in unmittelbaren Besitz verwandelt.

Nun ist es aber möglich, daß schon der Vorgänger, der seinen Besitz weiter übertragen will, überhaupt nur mittelbaren Besitz hat und deshalb der Erwerber auch nur mittelbaren Besitz erwirbt. Hier fehlt es also bei dem zur Veräußerung kommenden Besitz an einem tatsächlichen Gewaltverhältnis. Trotzdem sieht das Gesetz die Möglichkeit seiner Uebertragung auf einen anderen vor, die sich ganz einfach dadurch vollzieht, daß der Veräußerer den besitzmäßigen Anspruch auf Rückgabe der Sache, den er gegen den unmittelbaren Besitz hat, an den Erwerber abtritt (§ 870). Der Erwerber wird dadurch mittelbarer Besitzer, der Veräußerer hört auf, solcher zu sein.

Vielfach wird mit der Abtretung des Besitzanspruchs auch die Abtretung eines dinglichen Anspruchs verbunden sein, etwa bei der Eigentumsübertragung durch Vindicationscession (§ 931). Notwendig ist das aber keineswegs, es besteht vielmehr die Möglichkeit, den obligatorischen Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers allein zu übertragen. Es sind auch Fälle denkbar, wo dem mittelbaren Besitzer überhaupt nur ein obligatorischer, nicht auch ein dinglicher Anspruch zusteht und er schon deswegen nur einen solchen abtreten kann.

Daß es sich bei der Abtretung dieses obligatorischen Anspruches um ein Rechtsgeschäft handelt, unterliegt keinem Zweifel. Es ist dies also ein Fall, wo der Besitz nach unbestrittener Meinung nur durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann,[17]) also ganz von seiner tatsächlichen Grundlage gelöst

[17]) Staud.: Anm. 1 zu § 870.

erscheint. Er ist es ja auch, da sowohl beim Besitz des Veräußerers als auch bei dem des Erwerbers das tatsächliche Gewaltverhältnis durch einen obligatorischen Anspruch ersetzt ist. Die Uebertragung eines Anspruches ist aber nur durch Rechtsgeschäft möglich.

Da im Fall der Besitzübertragung nach § 870 ein obligatorischer Anspruch abgetreten wird, haben wir es mit einer Forderungsabtretung im Sinne der §§ 398 ff. zu tun, also mit einem abstrakten Vertrag, für den besonders wichtig ist, daß bestehende Einwendungen gegen den Anspruch auch dem Erwerber gegenüber geltend gemacht werden können und daß, falls eine Anzeige an den Anspruchsgegner nicht erfolgt, dieser durch besondere Vorschriften geschützt ist. Umgekehrt bedeutet dies für den Erwerber des Anspruches und des mittelbaren Besitzes, daß er nicht aus dem Abtretungsgeschäft allein schon mit Sicherheit auf das Bestehen seines Besitzes schließen darf, da dem Anspruch möglicherweise Einwendungen entgegenstehen.

Im römischen Recht war Besitzerwerb durch Einigung oder Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs unbekannt. Es gab ja keine Seccession in den Besitz, sondern nur in das Recht. Die Succession in das Recht konnte allerdings die Nachfolge in den Besitz auch durch Vertrag zur Folge haben, wenn beim Erwerber die übrigen Voraussetzungen für den Besitz, corpus et animus, bereits bestanden. Als Beispiel: die Eigentumsübertragung nur gemieteter Sachen durch brevi manu traditio an den Mieter.[18])

4. Besitzerwerb durch Erbgang.

Nach besonderer Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches geht der Besitz auf den Erben über (§ 857), und zwar entsprechend der allgemeinen Regelung des Erbrechts mit dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 1922). Das kann natürlich nicht heißen, daß die tatsächliche Gewalt kraft Gesetzes auf den Erben übergeht. Die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist tatsächlicher Zustand, dessen Bestehen von einem äußeren räumlichen Verhältnis abhängt, das also nicht durch eine gesetzliche Bestimmung, sondern nur durch eine entsprechende Tatsache entstehen kann.

Natürlich ist es möglich, daß der Erbe zur Zeit des Todes des Erblassers auch schon die tatsächliche Gewalt über Sachen der Erbschaft hat, aber erforderlich ist dies nicht. Der Erbe wird auch Besitzer, wenn er von den vorhandenen Sachen und vom Tode des Erblassers gar keine Kenntnis hat. Es ist dies nur möglich, wenn wir dem Wort „Besitz“ im § 857 eine besondere,

[18]) L. 3 § 3 D. 41, 2. L. 21 § 1 D. 41, 1. L. 9 § 5 D. 41, 1.

von der bisherigen abweichende Bedeutung zuschreiben. Mit anderen Worten: Der Besitz des Erben stellt einen weiteren besonderen Besitztatbestand dar, bei dem, ähnlich wie beim mittelalterlichen Besitz, von einem tatsächlichen Gewaltverhältnis kraft besonderer Gesetzesvorschrift abgesehen wird. Während aber beim mittelbaren Besitz die tatsächliche Gewalt notwendig fehlen muß, kann sie beim Erbschaftsbesitz auch vorhanden sein.

Die Voraussetzungen des Tatbestandes sind nur, daß jemand Erbe eines anderen ist. — Die Folgen sind, daß der Erbe in die Besitzstellung des Erblassers einrückt. Er hat in Ansehung der zur Erbschaft gehörigen Sachen die vollkommen gleiche Rechtsstellung wie der Erblasser, soweit es sich um die an den Besitz geknüpften Rechtsfolgen handelt.[19]) War der Erblasser unmittelbarer Besitzer, so ist es auch der Erbe, war jener nur mittelbarer Besitzer, so ist es auch dieser. War der Erblasser überhaupt nur Besitzdiener, so erlischt das Verhältnis, da ja der Besitzdiener nicht als Besitzer gilt (§ 855), seine Stellung sich also nicht vererbt.[20])

Im römischen Recht war ein Besitzerwerb durch Erbfolge unbekannt.

5. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Zu den meist erörterten Fragen der Besitzlehre gehört der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Da der Besitz doch eine tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache ist, ist es naheliegend, daß es einer besonderen Untersuchung bedarf, ob hiebei eine Vertretung des Besitzers durch dritte Personen überhaupt möglich ist, ob dritte Personen für jemanden Besitz erwerben können, der direkt dieser Person zugute kommt.

Wenn wir diese Frage zuerst für das römische Recht untersuchen, so begegnet uns hiebei als Eigenheit der Besitzerwerb durch gewaltunterworfene Personen. Infolge der eigentümlichen rechtlichen Konstruktion der römischen Familie kam ursprünglich aller, durch Gewalt unterworfener Hauskinder und Sklaven erlangte Erwerb dem pater familias zugute. Er allein erwarb alle Rechte. Auch die Rechte aus dem Besitzerwerb kamen nur ihm zugute. Er erwarb auch den juristischen Besitz.[21]) Die seiner patria postestas Unterstehenden waren nur seine Stellvertreter. Sie waren hier aber keineswegs Stellvertreter im

[19]) Staud.: § 857 Anm. I/1. RGRK.: Anmerkung zu § 857.
[20]) Ausnahmen sind nur möglich auf Grund der Bestimmung des § 673 (Fortbestehen des Auftrags nach dem Tode des Beauftragten.).
[21]) Gaius institutionen II, 89: Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus adquiritur nobis, sed etiam possessio.

Sinne des heutigen Rechts, sondern sind nur als bloße Werkzeuge, Hilfsorgane des dominus zu denken.

Neben dem Besitzerwerb durch derart gewaltunterworfene Personen (vielleicht zu vergleichen mit dem Besitzerwerb durch einen Besitzdiener nach heutigem Recht), der unbestritten möglich war, ist eine vielerörterte Frage, ob ein Besitzerwerb auch durch gewaltfreie Personen für einen anderen stattfinden konnte. Für das ältere römische Recht ist diese Frage jedenfalls zu verneinen, da dort die direkte Stellvertretung überhaupt unzulässig war. Die weitere Entwicklung brachte dann zuerst den Erwerb durch Prokuratoren und erst dann durch gewaltfreie Personen schlechthin.[22]) Zur Zeit des Gaius war es noch nicht allgemein anerkannt, „an per liberam personeam possessio nobis adquiratur,[23]) während dies für das justinianische Recht heute ziemlich allgemein angenommen wird.[24]) Die Dentoren haben hiebei eine besondere Rolle gespielt. Sie waren ja, da sie eigenen juristischen Besitz nicht hatten, geradezu bestimmt den Besitz für einen anderen zu erwerben.[25])

Die erwähnten Fragen, die im römischen Recht und vor allem im gemeinen Recht eine große Rolle gespielt haben, sind in ihrer Bedeutung im Bürgerlichen Gesetzbuch sehr zurückgetreten. Im Gesetz haben sie keine Regelung gefunden. Zweifellos aber ist anzunehmen, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Erwerb sowohl des mittelbaren, wie auch des unmittelbaren Besitzes durch Stellvertreter zuläßt.[26]) Im einzelnen lassen sich die nachfolgenden Fälle unterscheiden:

1. Vor allem gehört hieher der Besitzerwerb durch einen Besitzdiener.[27]) Der Besitzdiener ist dabei ähnlich wie der Hausangehörige des römischen Rechts, Stellvertreter. Sein Besitzerwerb muß notwendig dem Besitzherrn zugute kommen, da ja kraft ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nur dieser Besitzdiener ist. Allerdings ist die Stellung des Besitzdieners hiebei auch nicht die eines Vertreters nach § 164 des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern mehr die eines Werkzeugs und der Be-

---

[22]) Mitteis, Ludwig: Römisches Privatrecht Bd. I Leipzig 1908 S. 212 und Bruns, Viktor: Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910 S. 15 ff.

[23]) Gaius Institut. II 95: bei Seckel-Kübler a. a. O. S. 216.

[24]) Windscheid-Kep: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I. 8. Aufl. 1900 S. 678, besonders Anm. 1; auch Bruns, Viktor: a. a. O. S. 18.

[25]) Draganesco: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter, Berlin 1916, S. 2.

[26]) Kämmerer, Hans: Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem BGB., Halle 1908, S. 123.

[27]) Staud.: § 855 Anm. 4 und § 854 Anm. 4; derselbe: § 854 Anm. 4.

sitzherr kommt ja auch zu der Sache, wie eben ausgeführt, in ein, wenn auch entferntes tatsächliches Verhältnis.

2. Die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen sind ebenfalls hierher zu rechnen. Zwar sind sie keine Besitzdiener, aber ihre Handlungen erwerben doch unmittelbaren Besitz für die juristische Person, deren Besitzfähigkeit nach der Verkehrsauffassung keinem Zweifel unterliegt.[28])
3. Weiterhin ist eine Stellvertretung im Besitzerwerb möglich in den Fällen des § 854, Absatz II des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erforderlich ist, daß der Besitzerwerbende selbst die Möglichkeit der Gewaltausübung über die Sache hat. Bei der für den Besitzübergang erforderlichen Einigung kann er sich aber durch einen anderen vertreten lassen. Bestritten ist hiebei die Frage, ob eine solche Stellvertretung ohne Wissen des Vertretenen möglich ist. Die Frage wird zu verneinen sein, da es sich um mittelbaren Besitz handelt, der an ein, wenn auch lockeres, tatsächliches Gewaltverhältnis gebunden ist. Aber auch für dieses lockere Gewaltverhältnis muß nach unseren früheren Ausführungen wenigstens ein natürlicher Wille gefordert werden, der ohne Wissen von der Vertretung nicht möglich ist.[28])
4. Ein weiterer Fall möglicher Stellvertretung ist dann noch gegeben beim Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei dieser Abtretung handelt es sich um einen Cessionsvertrag, bei dem die Möglichkeit der Stellvertretung unbestritten ist und nach den allgemeinen Regeln (§§ 164 ff.) vor sich geht.
5. Weiterhin spielt für das Bürgerliche Gesetzbuch noch der Fall eine Rolle, daß jemand für sich selbst unmittelbaren Besitz erwirbt, der aber sogleich auf Grund eines Besitzmittlerverhältnisses, das zwischen ihm und dem Vertretenen entsteht, das Bestreben von mittelbarem Besitz für den Vertretenen bedeutet. Etwa der Vormund, der unmittelbaren Besitz an einer Sache erwirbt. Der Mündel wird dabei ohne weiteres mittelbarer Besitzer, da er in bezug auf alle zum Mündelvermögen gehörigen Sachen, die der Vormund im Besitz hatte, als mittelbarer Besitzer gilt.[29])

---

[28]) M. Wolff: Im Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Enneccerus — Kipp-Wolff § 130 (Aufl. 1910) läßt ein Handeln auch ohne Wissen des Vertretenen zu und erteilt der Genehmigung rückwirkende Kraft.

[29]) Staudinger: a. a. O. § 854 Anm. IV, 3.

E. Besitzverlust.

Die Frage über den Besitzverlust fällt zusammen mit der über die Fortdauer des Besitzes. Solange der Besitz fortdauert, ist der Besitzverlust ausgeschlossen. In dem Augenblick, wo die Fortdauer aufhört, tritt der Verlust des Besitzers ein.

I. Verlust des unmittelbaren Besitzes.

1. Allgemeines.

Für den Verlust des Besitzes stellt § 856 die Regel auf, daß der Besitzverlust eintritt, wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgibt (freiwillig) oder sie in sonstiger Weise verliert (unfreiwillig). Damit ist einwandfrei festgestellt, daß das Aufhören des körperlichen Verhältnisses, der Verlust der tatsächlichen Gewalt das Ende des Besitzes bedeutet.

Eine Frage ist nun, welche Bedeutung dabei das Willensmoment spielt. Gibt es schon Meinungen, die beim Besitzerwerb für das heutige Recht einem Besitzwillen keinerlei Bedeutung zuschreiben, solange das äußere Verhältnis bestehen bleibt.[1])

Dem ist vom Standpunkt der von uns gegebenen Definition nicht ganz zuzustimmen. Warum sollen auch die Erfordernisse für den Fortbestand des Besitzes, wenn er schon ein tatsächliches Verhältnis ist, andere sein, als für seine Entstehung. Wir machen also das Fortbestehen des Besitzwillens im Sinne der aufgestellten Definition abhängig und stellen damit den Satz auf: mit dem Aufhören des natürlichen Besitzwillens endet auch der Besitz. Allerdings spricht für das Fortbestehen des Besitzwillens bei einmal erworbenem Besitz die Vermutung des täglichen Lebens, weshalb ein bloßer innerer Vorbehalt, eine Mentalreservation, den Besitz nicht mehr zu wollen, nicht genügt. Wie sonst im Rechtsverkehr verlangt wird, daß ein Wille, der berücksichtigt wird, in Erscheinung treten muß, so muß auch hier verlangt werden, daß die Willensänderung das Aufgeben des Besitzwillens unverkennbar in Erscheinung treten muß; ist dies aber der Fall, so ist damit der Besitz und auch die aus ihm sich ergebenden Rechte erloschen.

Im Ergebnis wird die hier vertretene Meinung ziemlich dieselben Resultate ergeben, wie die herrschenden; denn die hier verlangte Aeußerung des Aufgebens des Besitzwillens wird in den meisten Fällen in einer Lösung des körperlichen Gewaltverhältnisses bestehen. Immerhin wird aber auch ohne eine solche Lösung das Ende des Besitzes für möglich erklärt. Wenn allerdings das Ende des körperlichen Verhältnisses nicht gegeben ist, sondern der Besitz nur wegen Beendigung des Besitz-

[1]) Staud.: a. a. O. Anm. I, 1 zu § 856. Berg: a. a. O. S. 717.

willens aufhört, kann er jederzeit durch Neubildung des Besitzwillens, die wieder in Erscheinung treten muß (etwa durch Erhebung der Besitzklagen), wieder erlangt werden. Das zeigt uns, daß sich die aus der hier vertretenen Meinung ergebenden Resultate wohl mit der Verkehrsauffassung vereinen lassen und den praktischen Bedürfnissen genügen. Es ist also kein Grund vorhanden, der gegen die hier vertretene Meinung spricht.

Andererseits aber ist es sicherlich ein theoretischer Grund von weittragender Bedeutung für die hier vertretene Meinung, wenn man in konsequenter Durchführung des Besitzbegriffs für den Besitzerwerb keine anderen Erfordernisse aufstellt für den Fortbestand des Besitzes oder in anderen Worten, wenn man beim Fortbestand des Besitzes nicht von einer Voraussetzung — dem Willkommensmoment — absieht, das uns beim Besitzerwerb unerläßlich erschienen ist.

Außerdem finden durch die hier vertretene Meinung die Fälle nach § 854 Absatz II (mit dem Besitzerwerb des einen ist ja notwendig der Besitzverlust des anderen verbunden) eine sehr einleuchtende Erklärung. Beide, der Besitzveräußerer und der Besitzerwerber stehen im gleichen körperlichen Verhältnis zur Sache. Der eine äußert nur den Willen, den Besitz aufzugeben, der andere den, den Besitz zu erwerben. Ihre Erklärungen zur Einigung zusammengefaßt, bewirken den Wechsel im Besitz, der dem Veräußerer damit durch eine bloße Willensäußerung verloren geht. Das Gleiche läßt sich für den Besitzübergang nach § 870 sagen.

Die hier vertretene Meinung hat also den Vorzug einer größeren Einheitlichkeit in den Grundgedanken und Erfordernissen der Besitzlehre, ohne nach außen hin von der Verkehrsanschauung und den allgemein anerkannten Resultaten abzuweichen.

2. Besondere Fälle.

Im einzelnen ist natürlich mit jedem Fall des Erwerbs von unmittelbarem Besitz auch der Verlust desselben verbunden, wenn es sich um eine Sache handelt, die vorher schon im Besitz einer Person war. Es würde also nur eine Wiederholung bedeuten, alle einzelnen Fälle des Besitzverlustes hier aufzuzählen, da sie dieselben sind, die wir beim Besitzerwerb untersucht haben.

Unsere Beachtung verdienen hier nur die Fälle, wo der Besitz verloren geht, ohne daß ein anderer ihn erwirbt. Den häufigsten Fall stellt hiebei der Untergang der Sache dar. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß der Besitz etwa an einem Lebensmittelvorrat damit aufhört, daß die Lebensmittel verzehrt werden, oder an einem Holzvorrat, daß das Holz verbrannt wird.

Hierher gehört aber auch die einseitige Besitzaufgabe entweder durch Beendigung des körperlichen Verhältnisses, wobei der Besitzwille ganz außer acht bleibt, oder durch bloße Beendigung des

Besitzwillens, soweit diese in Erscheinung tritt. Vielfach ist mit der Aufgabe des Besitzes Aufgabe des Eigentums verbunden. (Dereliktion.) Zur wirksamen Aufgabe des Eigentums wird aber Geschäftsfähigkeit verlangt. In gleicher Weise ist sie aber erforderlich, wenn der Besitz durch bloßen Willensentschluß und Willensäußerung aufgegeben wird. Die Gründe sind dieselben, die wir dafür angeführt haben, daß bei der Einigung nach § 854 Absatz II oder § 870 ein rechtsgeschäftlicher Wille vorliegen muß.

3. Das Fortbestehen des Besitzes trotz Aufhörens der tatsächlichen Gewalt.

Der Besitz kann auch fortbestehen, obgleich die tatsächliche Gewalt zu bestehen aufhört. Allerdings ist dann das Fortbestehen eines entsprechenden Willens erforderlich.

Der eine selbständige Fall ist der, daß an Stelle des unmittelbaren Besitzes ein mittelbarer tritt, etwa in der Form, daß der Eigentümer einer Sache diese vermietet und dem Mieter überläßt. Er verliert den unmittelbaren Besitz und erhält an dessen Stelle den mittelbaren.

Der andere hierher gehörende Fall ist im Gesetz besonders geregelt. § 856 Absatz II sagt: „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendet.“ Zwar spricht das Gesetz nur von einer Verhinderung in der Ausübung der Gewalt, aber es wird nicht verfehlt sein, wenn man sie für die Zeit dieser Verhinderung überhaupt nicht als bestehend ansieht. Sie ist doch etwas Tatsächliches, das entweder besteht und dann auch ausgeübt werden kann, oder das nicht besteht. Wenn das Fortbestehen des Besitzes in solchen Fällen angenommen wird, so ist dies vor allem vom Fortbestehen des Willensmomentes abhängig und die Ausdrucksweise des Gesetzes ist nur so gewählt, um § 856 Absatz 2 nicht als Ausnahme von dem sonstigen Tatbestand des unmittelbaren Besitzes erscheinen zu lassen.

Ob die Verhinderung der Natur nach eine nur vorübergehende ist oder nicht, wird dabei immer im engsten Zusammenhang mit der Verkehrsanschauung beurteilt werden müssen.[2]) Von der Behandlung einzelner Beispiele kann hier, wo nur die Grundidee klargestellt werden soll, abgesehen werden.

Es ist aber wichtig, darauf hinzuweisen, daß in diesen beiden Fällen der Besitz nur durch den Willen aufrecht erhalten wird. Er löst sich gewissermaßen von seiner tatsächlichen Basis und es kommt ein geistiges Moment in ihn hinein, durch das er sich dem Rechte nähert.

---

[2]) Staud.: zu § 856.

4. Der Besitzverlust nach römischem Recht.

Im römischen Recht endet der Besitz, da zu seinem Besitzstand neben dem corpus der animus anerkanntes Erfordernis ist, entweder durch Verlust des corpus,[3]) d. h. Untergang des tatsächlichen Verhältnisses, oder durch Mangel des animus,[4]) des Besitzwillens.

Vielfach allerdings wird eine Fortdauer des Besitzes solo animo anerkannt. So wird bei der Besitzentziehung das körperliche Verhältnis schon gelöst, ohne daß man noch von einem Besitzverlust sprechen kann. Dieser ist erst dann vollendete Tatsache, wenn der Wille dem Ereignis keinen Widerstand mehr entgegen setzt.[5]) Der Grund, warum bei der Fortsetzung des Besitzes die Fortdauer solo animo teilweise Anerkennung fand, besteht darin, daß nach der philosophischen wie der juristischen Logik ein gegebener Begriff, ein Zustand nur dadurch aufgelöst werden kann, daß die bei seiner Entstehung erforderlichen Elemente fortfallen. Das Prinzip des contrarius actus findet insoweit hier Anwendung.[6])

II. Verlust des mittelbaren Besitzes.

Den Verlust des mittelbaren Besitzes kennt das römische Recht, dem dieses Rechtsinstitut im ganzen unbekannt ist, überhaupt nicht. Aber auch das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt über den Verlust des mittelbaren Besitzes. Die Grundsätze, die für ihn gelten, lassen sich aber ohne weiteres aufstellen. Es sind folgende Fälle denkbar:

1. Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870. Hier geht der mittelbare Besitz bei einem der beiden Vertragsschließenden verloren. Irgendwelche Besonderheiten gibt es dabei nicht.
2. Das Besitzmittlerverhältnis wird aufgehoben. Zum Beispiel, der Mieter erwirbt das Eigentum an der gemieteten Sache. Hier wird dem mittelbaren Besitz seine Grundlage, das Rechtsverhältnis, auf dem er beruht, entzogen. Der Untergang des Besitzverhältnisses kann sich dabei mit dem Willen des mittelbaren Besitzes vollziehen, etwa wenn der mittelbare Besitzer und bisherige Eigentümer selbst die Sache an den Mieter übereignet. Aber auch gegen seinen Willen kann das Besitzmittlerverhältnis erlöschen, wenn der Mieter ohne Wissen des mittelbaren

---

[3]) L. 44 § 2 D. 41,2. L. 3 § 13 D. 41,2.
[4]) L. 3 § 6 D. 41,2. L. 17 § 1 D. 41,2.
[5]) Sokolowski: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz. Halle 1907. S. 199.
[6]) L. 46 D. 41,2; L. 153 D. 50,17.

Besitzers und Eigentümers der Sache, diese an einen gutgläubigen Dritten veräußert.

3. Der mittelbare Besitz hat aber noch eine weitere Grundlage, durch deren Wegfall er verloren gehen kann. Diese Grundlage ist der unmittelbare Besitz. Geht dieser verloren, dann geht auch der mittelbare Besitz verloren. Wenn allerdings der Verlust des unmittelbaren Besitzes dadurch eintritt, daß an dessen Stelle ein mittelbarer Besitz tritt (Beispiel hierfür: Der Mieter vermietet die von ihm gemietete Sache weiter), so geht der mittelbare Besitz des ursprünglichen mittelbaren Besitzers nicht verloren, sondern er wird nur weiter mittelbarer Besitzer (§ 871), dessen Besitz durch einen unmittelbaren und einen mittelbaren Besitzer und das zwischen ihnen bestehende obligatorische Verhältnis vermittelt wird. Wird aber, wie schon erwähnt, der unmittelbare Besitz verloren, ohne daß an seine Stelle ein mittelbarer tritt, so geht auch der mittelbare Besitz des ersten mittelbaren Besitzers unter.

III. Besitzverlust durch Stellvertreter.

Wo der Besitz durch Stellvertreter erworben werden kann, kann er auch durch solche verloren gehen. Vor allem trifft dies zu für die Fälle der §§ 854 Absatz II und 870, in denen der Besitz durch bloße Einigung auf der einen Seite erworben, auf der anderen Seite aber verloren wird. Und genau wie auf Seiten des Erwerbers ein Stellvertreter tätig sein kann, kann auch dies auf der Seite des Besitzveräußerers geschehen.

Weiterhin kann der Besitz durch einen Besitzdiener als Stellvertreter verloren gehen, wenn dieser den Besitz einem anderen überläßt. Geht dadurch die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn unter, was gewöhnlich der Fall ist, so hat dieser den Besitz verloren. Ist dabei die Ueberlassung ohne den Willen des Besitzherrn geschehen, so gilt die Sache als abhanden gekommen, was für einen evtl. Eigentumserwerb durch guten Glauben wegen der hier platzgreifenden Ausnahme von großer Bedeutung ist (§ 935). Die Sache kann aber auch durch Handlungen des Besitzdieners untergehen; mit dem Untergang verliert natürlich der Besitzherr den Besitz.

Nicht hieher gehört der Fall, daß der Besitzdiener sich die Sache selbst aneignet und sie in Besitz nimmt. Geschieht dies mit Einwilligung des Besitzherrn, so gibt dieser den Besitzwillen durch seine Einwilligung auf und verliert dadurch, nicht durch die Handlung des Besitzdieners, den Besitz. Eignet der Besitzdiener sich aber gegen den Willen des Besitzherrn die Sache an, so geht

der Besitz des Besitzherrn zwar verloren, aber der Besitzdiener ist hiebei nicht Stellvertreter oder Werkzeug des Besitzherrn, sondern genau so zu beurteilen, wie jeder Dritte, der dem Besitzer den Besitz entzieht.

F. Der Besitzschutz.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Der in diesem Abschnitt zur Behandlung kommende Besitzschutz, der keine andere Voraussetzung als den Besitz zu seinem Wirksamwerden kennt. Er ist unabhängig von jedem Recht, das hinter dem Besitz steht. Infolgedessen kommt dieser Besitzschutz dem gerechtfertigten Besitzer nicht in höherem Grade zugute als dem ungerechtfertigten, und umgekehrt genießt ihn dieser letztere in gleicher Weise, wie der auf Grund eines Rechts Besitzende.

Diese Tatsache hat dazu geführt, daß man das aus dem Besitz vermutete Eigentum nicht als Grund des Besitzschutzes gelten lassen wollte. Durch Ihering [1]) ist aber in überzeugender Weise dargetan, daß die Notwendigkeit, den wirklich berechtigten Besitzer zu schützen, es eben im Gefolge habe, daß auch der Unberechtigte an dem Schutze teilnimmt. Aber um dieser einen bedauerlichen Folge willen kann man die Notwendigkeit des Schutzes für den Berechtigten nicht übersehen. Im übrigen haben wir ja schon oben dargetan, daß nach unserer Meinung der Grund des Besitzschutzes ein mehrfacher sein kann, so daß wir also hier die Savignysche Theorie vom Verbot der Gewalt mit der Iherings vom Schutz eines vermuteten Eigentums miteinander verbinden. Wir möchten das noch dahin erweitern, daß der Besitz nicht nur als ein „Vorwerk des Eigentums“ [2]) erscheint und als solches geschützt ist, sondern überhaupt als eine äußere Position, die auf ein dahinterstehendes Recht schließen läßt. Denn wenn nur der Eigentümer geschützt werden soll, dann dürfte beim Bestehen mittelbaren Besitzes nur der mittelbare Besitzer geschützt werden, weil nur zu seinen Gunsten die Eigentumsvermutung spricht (§ 1006 Absatz II).

Mit Recht ist der Besitzschutz aber auch dem unmittelbaren Besitzer erteilt. Wenn für ihn auch nicht mehr das Eigentum an der Sache vermutet wird, so wird doch vermutet, daß sein Besitz auf einem Recht beruht und um dieses Rechtes willen wird sein Besitz geschützt und ist er des Schutzes würdig.

[1]) Ihering: Der Grund des Besitzschutzes, Jena 1869 s. S. 54.
[2]) Ihering: a. a. O. S. 54.

Der Besitz wird also geschützt, weil er das äußere Zeichen für eine erstehende Rechtsposition darstellt. Dieser Rechtsposition ist ein erleichteter Schutz dadurch gewährt, daß sich der Beweis nicht auf das Recht, sondern nur auf die Tatsächlichkeiten des Besitzes erstrecken muß. Daneben ist aber gerade für den Rechtsstaat das Verbot der Gewalt und der Grundsatz der Rechtszustellung durch den Staat ein Argument für den Besitzschutz, das nicht übersehen werden darf.

1. Voraussetzungen des Besitzschutzes.

Voraussetzung für den Besitzschutz ist Störung oder Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht.

Verbotene Eigenmacht ist dabei jeder Eingriff in den Besitzstand eines anderen, sei es durch Störung oder Entziehung des Besitzes, der sich ohne den Willen dieses Besitzers nicht vollzieht, sei es dann, daß er durch besondere Rechtsvorschriften gerechtfertigt (§ 858 Absatz I) ist. Selbst wenn jemand ein Recht auf Aenderung der bestehenden Verhältnisse, wenn er ein Recht auf Einräumung des Besitzes hat, darf er dieses Recht nicht ohne weiteres selbst verwirklichen, sondern muß, wenn freiwillig der dem Recht entsprechende Zustand nicht hergestellt wird, den Schutz des Staates anrufen, der für ihn die Zwangsmittel ausübt. Verwirklicht der Berechtigte sein Recht auf Besitzeinräumung trotzdem selbst, so ist auch sein Tun verbotene Eigenmacht, denn für diese ist nichts weiter verlangt als daß der Täter gegen den Willen oder doch ohne den Willen des Besitzers in den Besitz des anderen eingreift.

Anders ist es, wenn dem Handelnden ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, auf den gestützt er zu der vorgenommenen Handlung berechtigt ist. Als solche Rechtfertigungsgründe kommen vor allem die allgemeinen Vorschriften über das Selbsthilferecht (§§ 227—230 BGB.) in Frage. Weiterhin die besonderen Vorschriften der §§ 561 (Selbsthilferecht des Vermieters), 904 (Notstand), 910 (Das Recht, überhängende Zweige oder eingedrungene Wurzeln zu entfernen) und 961 (Betreten fremder Grundstücke bei Verfolgung eines Bienenschwarms) des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Weiterhin geben die Vorschriften der Prozeßordnungen mannigfache Ermächtigung zum Eingriff in fremden Besitz und vor allem viele Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere des Polizeirechts.

Die Handlung bei der verbotenen Eigenmacht muß in der Störung oder Entziehung des Besitzes bestehen. Besitzentziehung liegt vor, wenn die tatsächliche Gewalt des Besitzers dauernd beseitigt ist.[3]) Wir haben oben schon darauf hingewiesen, daß es

[3]) RGZ. Bd. 67 S. 389.

für den Fall der Besitzentziehung nicht genügt, wenn der Besitzerwerber selbst die Gewalt nicht ausüben kann, daß vielmehr der Ausschluß der tatsächlichen Gewalt des bisherigen Besitzers erforderlich ist.[4])

Schwieriger als die Besitzentziehung ist die Besitzstörung begrifflich abzugrenzen. Einigkeit herrscht darüber, daß nicht jede Störung genügt, daß vielmehr ein Eingriff vorliegen muß, der durch seine Dauer und Art den Besitzer im ruhigen Genuß seines Rechtes stört, so daß „der ruhige, befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt wird.[5]) Im übrigen muß die Störung nicht in einem körperlichen Einwirken auf die Sache bestehen, sondern kann auch eine physische sein. So genügt wörtliches Bestreiten des Besitzrechtes des Besitzers oder Drohung mit künftiger physischer Störung oder Entziehung.

Wichtig ist noch, darauf hinzuweisen, daß zur verbotenen Eigenmacht keinerlei Verschulden gefordert wird, so daß der Besitzschutz auch bei vollkommen gutgläubigem Verhalten des Besitzstörers Platz greift. Die Frage, ob aus der verbotenen Eigenmacht sich auch ein Anspruch auf Schadensersatz herleitet, ist allerdings davon abhängig, daß ein Verschulden des Handelnden vorliegt, da der Schadensersatzanspruch nicht mit dem possessorischen Klagen verlangt werden kann, sondern auf unerlaubte Handlung gestützt werden muß. Für diese herrscht aber im allgemeinen das Verschuldensprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch.

2. Der fehlerhafte Besitz.

Der Besitzschutz richtet sich nicht nur gegen den, der mittels verbotener Eigenmacht in den Besitzstand eines anderen eindringt, der die verbotene Eigenmacht vornimmt, sondern evtl. auch gegen dessen Besitznachfolger. Dies gilt dann, wenn auch dessen Besitz als fehlerhaft gilt. Der durch die verbotene Eigenmacht erlangte Besitz hat nämlich einen Mangel an sich. Er ist fehlerhaft (§ 858 Absatz II).

Dieser Mangel, diese Fehlerhaftigkeit überträgt sich nun unter gewissen Voraussetzungen auch auf den Nachfolger im Besitz. Nämlich dann, wenn dieser den Besitz durch Erbfolge erlangt hat, oder wenn er beim Erwerb des Besitzes die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorbesitzers kennt. Bei der Erbfolge ist diese Kenntnis nicht erforderlich und belanglos, bei der sonstigen Besitznachfolge muß sie aber zur Zeit des Besitzerwerbs bestehen. Tritt sie erst später ein, so schadet sie nicht mehr. Der Besitz ist

---

[4]) Insoweit stimmen wir Stintzing zu, wenn er zum Besitz den Unterlassungszwang fordert, die Ausschließung anderer aus der tatsächlichen Gewalt.

[5]) RGRK.: Anm. 5 zu § 858; Staud.: Anm. II, 2 zu § 858; RGR.: Bd. 55 S. 57.

dann nicht fehlerhaft und wird es auch durch die nachträglich erlangte Kenntnis nicht. Er ist endgültig von seinem Mangel befreit und besteht fehlerfrei fort auch für einen weiteren Nachfolger im Besitz, selbst wenn dieser schon beim Erwerb seines Besitzes die ursprüngliche Erlangung durch verbotene Eigenmacht auf Seiten seines Vorgängers kennt.[6])

Die grobfahrlässige Unkenntnis über Fehlerhaftigkeit des Besitzes bleibt beim Besitzerwerb von einem Besitzer, dessen Besitz fehlerhaft ist, außer Betracht und schadet nicht.

Der fehlerhafte Besitz kann immer nur als unmittelbarer Besitz entstehen, denn der mittelbare Besitz kann nicht durch Besitzentziehung erzeugt werden. Die Besitzentziehung ist aber die Voraussetzung für die Fehlerhaftigkeit des Besitzes. Es ist aber möglich, daß ein fehlerhafter unmittelbarer Besitz in einen fehlerhaften mittelbaren verwandelt wird, etwa dadurch, daß die Sache weiter verliehen wird. In diesem Fall ist der Besitzschutz gegen den fehlerhaft mittelbar Besitzenden gegeben. Darüber hinaus ist er auch gegen den unmittelbar Besitzenden gegeben, wenn dieser bei Erwerb seines Besitzes die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Besitzmittlers kannte. In diesem Fall steht dann dem durch die Besitzentziehung Geschädigten die Wahl offen, gegen welchen von beiden er vorgehen will.

Der fehlerhafte Besitz zeigt sich uns also als ein Besitztatbestand, der dadurch von der Norm abweicht, daß er auf gesetzwidrige Weise durch verbotene Eigenmacht entstanden ist und daß er den ihm deshalb anhaftenden Mangel noch an sich hat.

Die Folge eines fehlerhaften Besitzes ist, daß er mit Hilfe der Besitzschutzmittel, ganz unabhängig von dem zugrundeliegenden Recht, wieder genommen werden kann. Es wird wieder der Zustand hergestellt, der vor der verbotenen Eigenmacht bestanden hat.

Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ist aber nicht eine Eigenschaft, die jedermann geltend machen kann. Sie wirkt vielmehr nur relativ, das heißt, der Mangel, der dem fehlerhaften Besitz anhaftet, besteht nur gegenüber demjenigen, dem der Besitz durch die verbotene Eigenmacht entzogen ist oder gegenüber dessen Rechtsnachfolger (§ 861, Absatz II). Gegenüber allen übrigen Personen ist der fehlerhafte Besitz wie jeder andere geschützt.

3. Das Selbsthilferecht.

Wenn wir nun auch Untersuchung der allgemeinen Voraussetzungen für den Besitzschutz suchen, die das Gesetz zum Schutze gibt, so müssen wir bei ihnen vor allem zwei Arten unterscheiden: den Selbstschutz durch unerlaubte Selbsthilfe (§ 859) und den gerichtlichen Besitzschutz durch die Besitzklagen (§§ 861, 862).

[6]) Staud.: Anm. IV, 3 zu § 858.

Der Selbstschutz besteht in der Besitzwehr gegen Entziehung und Störung des Besitzes und in der Besitzkehr gegen Besitzentziehung. Das Selbsthilferecht soll den Erfolg der verbotenen Eigenmacht überhaupt vereiteln. Der Besitzer soll durch sofortiges eigenes Handeln verhindern, daß sein Besitz entzogen oder gestört wird. Sehr häufig wird im Falle einer Besitzverteidigung nach § 859 auch das allgemein durch § 227 gegebene Verteidigungsrecht gegeben sein. Darüber hinaus aber ist die Verteidigung im Sinne von § 859 an geringere Voraussetzungen geknüpft; es genügt bei ihr vor allem eine objektive, schuldlose Störung des Besitzes, um ein Vorgehen zu rechtfertigen.[7]) Die Störung muß auch nicht von Personen, sondern kann von Sachen (Tieren) ausgehen.

Die Handlung bei der Besitzwehr besteht darin, daß der Besitzer sich einer unmittelbar drohenden oder bereits vollzogenen Störung oder Entziehung seines Besitzes durch sofortiges Eingreifen gewaltsam erwehrt. In bezug auf die Art der Handlung legt das Gesetz dem Besitzdiener hierbei keinerlei Beschränkungen auf. Es muß aber als selbstverständlich gelten, daß der Besitzer bei der Verteidigung seines Besitzes durch die Besitzwehr die Grenzen des Erforderlichen und Zweckdienlichen einhält, daß er also bei der Verteidigungshandlung nicht jemand erschießen oder eine Sache zerstören darf, solange die Wahrung seiner Rechte durch einfachere, weniger schädliche Mittel möglich ist.[8]) Eine Ueberschreitung des Erforderlichen oder eine Handlung, bei der überhaupt die Voraussetzungen der Besitzwehr nicht gegeben sind, verpflichten zum Schadensersatz, soweit eine Schuld des Handelnden anzunehmen ist. Bei der Besitzkehr besteht die Handlung des den Besitz Verteidigenden bei beweglichen Sachen darin, daß dieser sich der Sache dadurch wieder bemächtigt, daß er sie dem anderen mit Gewalt wieder abnimmt. Bei Grundstücken besteht sie darin, daß er ihn aus dem Grundstück entsetzt, d. h. gewaltsam vertreibt. Die Gewaltanwendung muß auch bei der Besitzkehr sich in den Grenzen des Erforderlichen und Zweckdienlichen halten. Die Besitzkehr ist aber noch an eine weitere Voraussetzung geknüpft, nämlich daß der Angreifer auf frischer Tat betroffen oder verfolgt sein muß (§ 859).

Auf frischer Tat betroffen ist dabei der Täter auch dann noch, wenn die Tat unmittelbar nach der Verübung entdeckt ist.[9]) Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist das Recht auf Selbsthilfe erloschen und der bisherige Besitzer darauf angewiesen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Die Besitzkehr in bezug auf Grundstücke ist dadurch bedingt, daß die Entsetzung sofort

[7]) Staud.: Anm. I, 1 zu § 859.
[8]) RGZ.: Bd. 34 S. 250; RGRK.: Anm. 2 zu § 859; Staud.: I, 2 zu § 859.
[9]) RGRK.: Anm. III zu § 859.

erfolgen muß (§ 859 Absatz III). Das Wort „sofort" darf man hiebei allerdings nicht zu eng auslegen. Es ist dem Berechtigten Zeit zu den notwendigen Vorbereitungen zu lassen; aber sein Handeln zum Zweck der Entsetzung muß sich direkt an die Entsetzung des Besitzes anschließen.

Der Besitzschutz steht nur dem zu, dessen Besitz durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt ist. Von diesem bereits schon oben dargelegten Satz besteht nun für das Selbsthilferecht eine bedeutende Ausnahme. Die Befugnisse der Selbsthilfe sind nämlich kraft ausdrücklicher Vorschrift (§ 860) nicht nur dem Besitzer, sondern auch dem Besitzdiener eingeräumt. Auch dieser ist berechtigt, so, wie er den Besitz für seinen Herrn ausübt, ihn auch für diesen zu schützen, soweit es nicht dabei um Schutz durch Selbsthilfe sich handelt.

Der Besitzer ist aber auch sonst berechtigt, gerade beim Selbstschutz dritte Personen als Hilfspersonen heranzuziehen, die ihm zur Wiedererlangung seines Besitzes oder zur gewaltsamen Erwehrung der Störung behilflich sind. Sie können zu dieser Hilfeleistung durch die allgemeinen Vorschriften über Notwehr und Selbsthilfe (§§ 227—230) berechtigt sein, aber neben diesen Vorschriften ist der Besitzer auch berechtigt, sich bei Besitzschutznahmen nach der hier in Frage stehenden Vorschrift des § 859 der Mithilfe dritter Personen zu bedienen.

Wie bereits erwähnt, steht das Selbsthilferecht nur dem unmittelbaren Besitzer zu, dem mittelbaren Besitzer ist durch ausdrückliche Vorschrift des § 869 nur der gerichtliche Besitzschutz zugestanden. Eine analoge Ausdehnung auf den Selbstschutz wird abgelehnt,[10]) so daß ihm das Selbsthilferecht nur insoweit zusteht, als sich der unmittelbare Besitzer hiebei dritter Personen bedienen kann oder diese nach allgemeinen Vorschriften zur Verteidigung gegen einen Angriff berechtigt sind (s. o.).

Wohl aber steht das Silbsthilferecht dem Teilbesitzer oder dem Mitbesitzer zu, findet aber seine Begrenzung im Rahmen seines bisherigen Besitzes.

4. Der gerichtliche Besitzschutz.

a) Allgemeines.

Will der in seinem Besitz zu Unrecht Beeinträchtigte vom Selbsthilferecht keinen Gebrauch machen oder kann er dies nicht mehr, weil die dafür gegebene Zeitspanne schon verflossen ist, so bleiben ihm als Besitzmittel noch die Erhebung der Besitzklagen.

Je nach der Einwirkung auf seinen Besitz stehen ihm die Besitzentziehungsklage (§ 861) gegen Besitzentziehung und die Besitzstörungsklage (§ 862) gegen Besitzstörung zur Verfügung.

[10]) Staud.: a. a. O. Anm. 1, a zu § 869 .

Zur Begründung ist dabei keinerlei Eingehen auf das Recht erforderlich, sondern nur die Behauptung und evtl. der Nachweis des Besitzers, daß er Besitzer ist und daß sein Besitz ihm entzogen oder gestört sei. Passiv legitimiert bei der Besitzklage ist der, der den Besitz entzogen oder gestört hat. Bei der Besitzentziehung muß er außerdem noch im Besitz der Sache sein.[11]) Ist er nicht mehr im Besitz der Sache, so ist die Klage gegen den zu richten, der nach ihm den Besitz an der Sache erworben hat. Hier greift die Klage aber nur durch, wenn auch dieser Besitzer dem Kläger gegenüber noch fehlerhaft besitzt, wenn er also den Besitz entweder kraft Erbgangs von einem Vorbesitzer erworben hat, dessen Besitz fehlerhaft war, oder wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes bei Erwerb kannte.

b) Zeitliche Schranke für die Besitzklagen.

Wie für das Selbsthilferecht, bestehen auch für den gerichtlichen Besitzschutz zeitliche Schranken. Die Erhebung einer Besitzklage ist nur zulässig innerhalb Jahresfrist seit der Verübung der die Klage begründenden Eigenmacht (§ 864 Absatz I). Die Versäumung dieser Frist ist, da es sich um eine gesetzliche Befristung des Klagerechts (Ausschlußfrist) handelt, von amtswegen zu berücksichten und führt zur kostenfälligen Klageabweisung.

Aber auch schon vor Ablauf des Jahres kann das Klagerecht wegen Besitzstörung oder Entziehung untergehen, wenn rechtskräftig festgestellt ist, daß der durch die verbotene Eigenmacht herbeigeführte Besitzstand einem Rechte entspricht, das der Beklagte an der Sache hat (§ 864 Absatz II).

Nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes dürfte diese Wirkung nur eintreten, wenn die Rechtskraft des erwähnten Urteils erst nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht eintritt. Das Reichsgericht stellt sich allerdings auf den Standpunkt, daß diese das Klagerecht ausschließende Wirkung auch dann eintritt, wenn die verbotene Eigenmacht erst verübt wird, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden ist. Dieser Standpunkt[12]) unseres Obersten Gerichtshofes ist verständlich, weil durch die verbotene Eigenmacht ja in diesem Fall nur ein Zustand hergestellt wird, der endgültig als zu Recht bestehend festgestellt ist. Immerhin aber ist diese Entscheidung bedenklich, weil sie damit die Vollstreckung eines solchen rechtskräftigen Urteils geradezu dem Einzelnen überläßt und damit einem grundlegenden Prinzip im Rechtsstaat einen Teil seines Bodens entzieht, nämlich dem Verbot der eigenen gewaltsamen Rechtsverwirklichung.[13])

---

[11]) RGRK.: Anm. I Absatz III zu § 861.

[12]) RGZ.: Bd. 108 S. 258.

[13]) Wenn man sich mit Savigny auf den Standpunkt stellt, daß der Grund gerade in dem Verbot jeder Gewalt gegeben ist, muß diese Entscheidung unbedingt abgelehnt werden. Die Entschei-

Eine weitere Frage ist die, ob das rechtskräftige Urteil nur dann die erwähnte, die Besitzklagen ausschließende Wirkung hat, wenn es festgestellt hat, daß dem Handelnden ein Recht „an der Sache", also ein dingliches Recht, zusteht. Nach der im Bürgerlichen Gesetzbuch streng einheitlich durchgeführten Terminologie erscheint es unstatthaft, den Ausdruck im § 864 Absatz II „ein Recht an der Sache" in diesem Falle auch auf obligatorische Ansprüche auszudehnen. Die Mehrheit hält deshalb auch mit Recht daran fest, daß es sich um ein dingliches Recht handeln muß.[14]) Immerhin wird auch die Meinung vertreten, daß in diesem Fall auch ein obligatorisches Recht ausreiche.[15]) Es ist diese Auslegung ganz verständlich, denn die Verwirkung des dinglichen wie des obligatorischen Rechts führt letzten Endes zur Herstellung eines Zustandes, der mit dem bereits infolge der eigenmächtigen Handlung bestehenden übereinstimmt. Da aber die Vorschrift des § 864 Absatz II ohnedies eine ausnahmsweise Einschränkung eines natürlicherweise bestehenden Rechts bringt, erscheint uns hier eine erweiternde Auslegung nicht zulässig, da ja auch kein zwingender Grund für sie vorhanden ist und von der sonst einheitlichen Wortbedeutung doch nur kraft zwingender Gründe abgewichen werden soll.

c) Der Inhalt der Besitzklagen.

Der Inhalt der Besitzklagen geht auf Wiederherstellung des früheren tatsächlichen Zustandes. Bei der Besitzentziehungsklage geht also der Klageanspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes in seiner früheren Form, sei es als Alleinbesitz, Teilbesitz, Mitbesitz oder auch mittelbarer Besitz. Die Wiederherstellung des mittelbaren Besitzes wird in der Form verlangt, daß die Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes an den früheren unmittelbaren Besitzer geschieht. Ist dieser allerdings nicht im Stande, die Sache wieder in Besitz zu nehmen oder will er dies nicht tun, so kann ausnahmsweise der mittelbare Besitzer Besitzeinräumung an sich selbst verlangen, sodaß er in diesem Fall von einem mittelbaren Besitzer zu einem unmittelbaren werden kann (§ 869).

Die Besitzstörungsklage geht auf die Beseitigung der Störung. Auch sie hat die Wiederherstellung des früheren Zustandes eines ungestörten Besitzes, (Teilbesitzes, unmittelbaren, mittelbaren Be-

---

dung tritt aber diesem Grundsatz durch ihren Inhalt entgegen. Mit dem hier vertretenen Standpunkt in Bezug auf den Grund des Besitzschutzes läßt sie sich immerhin vereinbaren, besonders deswegen, weil ein evtl. Schadenersatzanspruch wegen der eigenmächtigen Handlung ja unberührt bleibt.

[14]) Staud.: Anm. 20 zu § 864; Planck: Anm. 2 zu § 864; Cosack: Bürgerliches Recht Bd. I.

[15]) RGRK.: Anm. 2 zu § 864 und Biermann: Anm. 3a zu § 864.

sitzes) zum Ziel. Ob sie auch dem Mitbesitzer gegen einen anderen Besitzer zusteht, ist allerdings bestritten und bereits oben im Abschnitt über die Besitztatbestände erörtert. Sind nach den Umständen weitere Störungen zu befürchten, so kann die Besitzstörungsklage neben der Beseitigung der Störung auch auf die Unterlassung weiterer Störungen gerichtet werden, (§ 862), was wegen der Zwangsvollstreckung auf Unterlassungen besondere Bedeutung gewinnen kann. (ZPO. § 890)

d) Die Verteidigung gegenüber den Besitzklagen.

Wie der Kläger bei der Besitzklage auf das seinem Besitz zugrundeliegende Recht nicht einzugehen braucht, vielmehr die Klage bloß auf die Tatsache seines Besitzes stützen kann, kann auch der Beklagte seine Verteidigung nicht darauf stützen, daß er auf Grund eines ihm zustehenden Rechtes die Einräumung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Zustandes verlangen kann. Es ist ihm dadurch die Möglichkeit genommen den Besitzprozeß durch Einreden oder Widerklage [16]) zu einem Prozeß über zugrundeliegende Rechte zu machen. Dadurch ist dem Besitzprozeß ein einheitlicher Charakter garantiert und seine Loslösung von sonstigen Rechtsverhältnissen gewährleistet.

Nach der Vorschrift des § 803 ist der Beklagte in seinem Vorbringen auf die Tatsachen beschränkt, durch die er dartut, daß sein Handeln eine verbotene Eigenmacht nicht darstellt. Er kann also entweder ausführen, daß sein Handeln überhaupt kein Eingriff in den Besitz des andern sei, oder daß für sein Handeln ein vom Gesetz gegebener Rechtfertigungsgrund besteht oder daß er die Einwilligung des Beeinträchtigten habe. Hierbei kann auch auf die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse eingegangen werden, wenn durch sie der Nachweis erbracht wird, daß eine verbotene Eigenmacht nicht vorliegt. Es kann vor allem das Vorliegen eines obligatorischen Vertrags auf Gestattung der fraglichen Handlung von Bedeutung sein, da aus ihm im allgemeinen auf die Zustimmung zur Handlung selbst geschlossen werden kann.

Ein weiteres Verteidigungsmittel gegenüber den Besitzklagen ist dem Beklagten durch die Vorschrift der §§ 861 Absatz II und 862 Absatz II gegeben. Es ist ihm hier die Oeffentlichkeit offen gelassen, den klägerischen Anspruch dadurch zu entkräftigen, daß er dartut, daß der Kläger ihm selbst gegenüber fehlerhaft besessen habe. Wie aus der Fassung des Gesetzes (der Anspruch ist ausgeschlossen) zu entnehmen ist, handelt es sich dabei nicht um eine Einrede, die nur der Beklagte vorbringen kann, sondern um eine Tatsache, deren Vorliegen den Anspruch vernichtet und

[16]) Staud.: Anm. 3 zu § 863.

die deshalb vom Gericht auch dann zu berücksichtigen ist, wenn sie sich nur aus dem Vorbringen des Klägers selbst ergibt.[17])

Der Inhalt des hier in Frage stehenden Ausschließungsgrundes ist der, daß der dem Kläger entzogene oder gestörte Besitz selbst fehlerhaft war und daß diese Fehlerhaftigkeit gerade dem Beklagten gegenüber (oder dem gegenüber, von dem der Beklagte seinen Besitz herleitet) bestanden hat. Auch dieser Ausschliessungsgrund ist in seiner Wirksamkeit zeitlich beschränkt. Der Kläger muß, damit der Ausschließungsgrund seine Wirksamkeit entfaltet, seinen (selbst fehlerhaften) Besitz im letzten Jahr vor der gegen ihn begangenen verbotenen Eigenmacht erlangt haben. Hat der Kläger seinen Besitz nicht selbst durch verbotene Eigenmacht erlangt, sondern als Erbe oder schlechtgläubiger Rechtsnachfolger, so ist für die Bemessung der Zeitspanne nicht der Zeitpunkt seiner Besitzerlangung maßgebend, sondern der des ersten seiner fehlerhaft besitzenden Rechtsvorgänger. Mit anderen Worten: die beiden sich als verbotene Eigenmacht darstellenden Handlungen des Klägers oder seines Rechtsvorgängers einerseits und die des Beklagten andererseits, dürfen nicht mehr als ein Jahr auseinanderliegen. Sie gelten dann als gegeneinander aufgehoben. Dadurch wird indirekt gegenüber einer nach § 859 zwar verspäteten, aber innerhalb Jahresfrist vorgenommenen Selbsthilfebehandlung der gerichtliche Schutz wirkungslos, wenigstens soweit es sich um bloße Besitzansprüche handelt.

5. Der Abholungsanspruch.

Neben den bisher behandelten Besitzschutzmitteln gibt das Gesetz in § 867 dem Besitzer noch einen Abholungsanspruch gegen den Besitzer des Grundstückes, auf das seine Sache gelangt ist. Der Inhalt des Abholungsanspruches besteht darin, daß der Grundstückbesitzer die Wegschaffung der Sache zu gestatten hat.

Gelangt die Sache nicht auf ein Grundstück, sondern auf eine andere bewegliche Sache, etwa auf ein Fuhrwerk, eine Marktbude etc., so ist entsprechende Anwendung geboten.[18])

Aktiv legitimiert zur Erhebung dieses Anspruchs ist jeder Besitzer, also auch der Teil- oder Mitbesitzer oder mittelbare Besitzer. Passiv legitimiert ist der Besitzer des Grundstücks, und zwar in erster Linie der unmittelbare Besitzer; auch der mittelbare Besitzer, wenn der unmittelbare Besitzer die Gestattung von dessen Erlaubnis abhängig macht.[19])

---

[17]) RGRK.: Anm. 2 zu § 861.
[18]) RGRK.: Anm. 1 zu § 867.
[19]) Bestritten, übereinstimmend: Staud.: Anm. 1, b zu § 867; RGRK.: Anm. 3 zu § 867.

Der Inhalt des Anspruchs geht darauf, daß der Grundstückbesitzer die Abholung zu gestatten hat. Es muß also immer zuerst der Grundstücksbesitzer angegangen werden, daß er die Abholung erlaube und es darf nicht etwa die Abholung ohne weiteres Befragen des Grundstücksbesitzers vorgenommen werden.[20]) Verweigert der Besitzer die Erlaubnis, so macht er sich evtl. schadenersatzpflichtig. Wenn aus der Abholung Schaden entstehen kann, kann die Gestattung von vorheriger Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, es sei denn, daß mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist (§ 867). Für den bei der Abholung entstehenden Schaden besteht Ersatzpflicht ohne Rücksicht auf Verschulden.

Eine besondere Schranke ist dem Abholungsanspruch noch auferlegt insofern, als er nur besteht, „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist". Durch diese Einschränkung wird der ganze Anspruch bedeutungslos, denn regelmäßig wird man, wenn die Genehmigung verweigert wird, schon daraus annehmen dürfen, daß der Besitzer des Grundstücks die Sache inzwischen in Besitz genommen hat. Die tatsächliche Gewalt über die Sache ist ihm ja fast immer gegeben. Den erforderlichen Besitzwillen äußert er aber gerade durch die Verweigerung der Abholerlaubnis. Mit Recht ist deshalb diese Stelle vielfach für die Begründung des Erfordernisses eines Besitzwillens zum Besitz angeführt worden.[21])

II. Besitzschutz im römischen Recht.

1. Allgemeines.

Es bleibt nun noch die Aufgabe einen kurzen Ueberblick über den Besitzschutz im römischen Recht zu geben. Es wird sich zeigen, daß die Wurzeln der heutigen Rechtsgestaltung sich bereits im römischen Recht finden, wenn auch die Umbildung auf dem Gebiet des Besitzschutzes eine weitgehende Veränderung und man kann wohl sagen, einen weitgehenden Fortschritt gebracht hat.

Wenn wir uns an die frühere Einteilung in indirekten und direkten Besitzschutz halten, so zeigt sich zuerst, daß neben dem direkten Besitzschutzmittel auch im römischen Recht indirekte bestanden. Eine Einteilung in dieser Richtung ist allerdings nicht gemacht worden, es sind die Besitzklagen vielmehr je nach Art ihres Zieles eingestellt worden. Dabei kann man unterscheiden zwischen Interdicta retinendae possessionis und adipiscendae possessionis.

---

[20]) Abweichend: Crone: System des deutschen bürgerlichen Rechs, 1905, Bd. III.

[21]) v. Wendt: Besitz und Besitzwille, a. a. O. S. 87.

Gerade die letzteren sind aber nicht Interdikte aus Besitz, Klagen, die sich aus einem bestehenden Besitz als Recht ergeben, sondern Klagen auf Besitz. Sie sollen der Erlangung des Besitzes dienen. Sie scheiden damit als Besitzschutzmittel im engeren hier behandelten Sinn aus und können höchstens unter die indirekten Besitzschutzmittel eingereiht werden.[22])

Als weiterer indirekter Besitzschutz wäre noch der Condictionenschutz zu erwähnen, der auf Wiedererstattung eines entzogenen Besitzes geht und damit begründet ist, daß zurückgefordert werden kann, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gekommen ist.[23]) Da die indirekten Besitzschutzmittel aber nicht zu den spezifischen Folgen des Besitzes gehören, vielmehr ein Recht im Gegensatz zum Besitz als Tatsache als Grund enthalten, sollen sie hier nicht näher erörtert werden.

2. Die Interdicta retinendae possessionis.

Die Einteilung der Besitzinterdikte im engeren Sinn in Interdicta retinendae und recuperandae possessionis stimmt mit der heute im Gesetz getroffenen Einteilung der beiden Besitzklagen in Besitzstörungs- und Besitzentziehungsklagen insofern überein, als die Besitzstörungsklage ebenso wie die Interdikta retinendae possessionis den Schutz eines noch bestehenden Besitzes und seine Befreiung von Störung zum Gegenstand haben, die Interdicta recuperandae possessionis aber wie die Besitzentziehungsklage auf Wiedererlangung eines bereits entzogenen Besitzes abzielen. Ein sehr erheblicher Unterschied besteht allerdings darin, daß die Interdikte im römischen Recht nur dem juristischen Besitzer, dem possessor zustanden und der Kreis der Fälle von possessio ein viel engerer ist, als der des heutigen Besitzes.

Nach der einleuchtenden Begründung durch Ihering [24]) haben die Interdikta retinendae possessinis ihren ursprünglichen Rechtsgrund darin, für einen Eigentumsprozeß das interimistische Besitzverhältnis zu regeln; sie haben sich aber von diesem ursprünglichen Zweck abgelöst und selbständig gemacht. Petitorium und

---

[22]) Damit wäre der im Gegensatz zu Savigny aufgestellten Meinung von Ihrering (Grund des Besitzschutzes, II. Auflage, Jena 1869, Seite 66 ff) Rechnung getragen, daß auch die Interdicta adipiscendae possessionis wirkliche Besitzinterdikte wären. Wenn man diese bestrittene Frage schon bejaht, wird man es immer nur in dem Sinne tun können, daß man sie nur als indirekte Besitzschutzmittel gelten läßt, da sie nicht aus dem Besitz, sondern aus einem Recht erwachsen.

[23]) L. 1 § 3 D. 12, 7 „Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam". Ein Grundsatz, der in dem Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung des BGB. weiterlebt.

[24]) a. a. O. S. 76.

possessorium sind voneinander unabhängig geworden in der Weise, daß das letztere auch selbständig aben als Besitzklage geltend gemacht werden kann.

Das vielleicht älteste [25]) dieser Interdikte, das Interdictum uti possidetis wird zuerst vom Prätor zur Erledigung eines Zwischenstreites gegeben und dient später dazu, gegenwärtige und künftige Störungen eines Besitzes zu beseitigen.[26]) Es hatte dabei ursprünglich nur den Schutz von unbeweglichen Sachen zum Gegenstand, während das Interdictum utrubi den Besitz an beweglichen Sachen schützte. In justinianischem Recht ist zwischen den beiden Interdikten kein Unterschied mehr.[27]) Es konnte mit ihnen aber nicht nur die Beseitigung der Störung, sondern auch, soweit ein Verschulden des Störers nachgewiesen war, das Interesse verlangt werden.[28])

Hierin besteht also ein Unterschied von der heutigen Besitzstörungsklage, die nur auf Regelung der Besitzstörungsklage, die nur auf Regelung der Besitzverhältnisse, nicht auf Schadensersatz geht. Eine weitere Uebereinstimmung zeigt sich aber mit dem heutigen Recht darin, daß auch im römischen Recht der Besitzer nicht den Besitz durch eine gegen den Gegner verübte, verbotene Eigenmacht erlangt haben darf, da aus einer solchen eine wirksame Einrede gegen den Besitzer entstehen würde.[29])

3. Die Interdicta recuperandae possessionis.

Der Besitz wird nach römischem Recht gegen Entziehung geschützt, wenn diese durch Gewalt oder heimlich erfolgt oder wenn die Sache auf jederzeitigen Widerruf gegeben ist.

Ist die Entziehung durch Gewalt erfolgt, so steht bei unbeweglichen Sachen dem Besitzer das interdictum unde vi [30]) zur Verfügung, mit dem er Rückerstattung des entzogenen Besitzes und Leistung des vollen Interesses verlangen kann.[31]) Aber nur ein Jahr lang besteht der Anspruch in dieser Höhe. Nach Ablauf eines Jahres haftet der Verdrängende bloß mehr auf das, was er noch hat.[32]) Die Einrede, daß der Kläger selbst den Besitz durch

---

[25]) Kreß: a. a. O. S. 120.
[26]) derselbe a. a. O. S. 118 ff.
[27]) Im klassischen Recht bestand ein weiterer Unterschied insofern, als das interdictum utrubi nicht gegenwärtig Besitz voraussetzte,sondern nur die Tatsache, daß der Kläger im letzten Jahr länger besessen hat, als der Beklagte, wobei aber keinem der vi, clam aut precario, erlangte Besitz gerechnet wurde. (L. un. D. 43, 31 § 4/14, 15 vgl. mit Gai. IV, 150).
[28]) L. 3 § 11 D. 43, 17. Bruns: Besitzklagen, a. a. O. S. 56.
[29]) L. 1 pr. D. 43, 17. „Uti eas aedes quibus de agitur nec vi. nec clam nec precario alter ab altero possidetis".
[30]) D. 43, 16 de vi et de vi aramata, Cod. 8, 4 unde vi.
[31]) L. 1 § 31/38, 40, 41, D. 43, 17.
[32]) L. 1 pr. § 39 D. 43, 16; L. 3 § 39 D. 43, 16.

verbotene Eigenmacht gegenüber dem Beklagten erlangt habe, greift hier nicht durch.[33])

Trotz der Aehnlichkeit mit der heutigen Besitzentziehungsklage zeigt sich hier also ein Unterschied schon im Inhalt des Klageverlangens. Im römischen Recht kann auch Schadenersatz verlangt werden, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind die Besitzklagen nur zum Schutz des Besitzes gegeben. Ein Schadenersatzanspruch kann nicht durch sie erlangt werden, sondern muß auf unerlaubte Handlung gestützt werden. Die Jahresfrist, die uns ebenfalls schon in Rom begegnet, hat heute den vollkommenen Ausschluß der Besitzklage zur Folge, der im Gegensatz zum römischen Recht auch bei der gewaltsamen Besitzentziehung die Einrede fehlerhaften Besitzes gegenübersteht. Der Ausschluß im römischen Recht ist eine Stütze der Savignyschen Theorie, daß der Grund des Besitzschutzes im Verbot der Gewalt zu erblicken sei.

Bei der Besitzentziehung hinter dem Rücken des Besitzers (clam) war ursprünglich der Schutz durch das interdictum utrubi gegeben. Es war seinem Wesen nach ein Interdictum retinendae possessionis und bildet keine Parallele zum Interdictum unde vi. Es bezieht sich außerdem nur auf bewegliche Sachen.

Da es aber auch rekuperatorisch wirken konnte, soll es hier nochmals erwähnt werden. Es kam nämlich bei ihm auf die Dauer der Besitzzeit im letzten Jahr an. Hatte z. B. der Kläger im letzten Jahr achtmonatigen Besitz nec vi nec clam oder precario ab adversario, der Beklagte dagegen nur viermonatigen Besitz, so gewann der Kläger. Ist der Beklagte Besitzer, so mußte er die Sache herausgeben, das Interdikt wirkte rekuperatorisch. War der Kläger selbst im Besitz, so durfte er seinen Besitz endgültig behalten, das Interdikt wirkte retinierend.

Es war also erforderlich, daß der Kläger nicht zu lange Zeit dem verstreichen ließ. Durch die Gleichstellung des Interdictum utrubi mit dem Interdictum uti possidetis im justinianischen Recht ist dann eine gewisse Lücke entstanden. Für das heutige Recht ist die heimliche Besitzentziehung der gewaltsamen vollkommen gleichgestellt, da § 858 von dem Mittel der Entziehung ganz absieht und nur verlangt, daß die Entziehung oder Störung ohne den Willen des Besitzers erfolge.

Bei der Ueberlassung auf jederzeitigen Widerruf konnte der Ueberlassende die Sache mit dem Interdictum de precario [24]) zurückverlangen. Er war also nicht daruf angewiesen, auf das vom Empfänger gegebene Rückgabeversprechen zurückzugehen und konnte allein aus der Tatsache, daß der Besitzer den Beweis

---

[33]) Früher galt die Einrede nur gegenüber der vis armata nicht. Savigny a. a. O. 446 ff.

[34]) Dig. 43, 26.

von ihm auf jederzeitigen Widerruf erlangt habe, die Sache mittels des bezeichneten Interdikts zurückverlangen. Der Anspruch geht auf Rückgewähr dessen, was der Beklagte noch hat. Eine Einrede aus fehlerhaftem Besitz ist dem Anspruch gegenüber unstatthaft.

Im heutigen Recht ist der Entleiher vollwertiger Besitzer und der Hingebende mittelbarer Besitzer, der mit der Besitzklage nicht vorgehen kann. Selbst der geltend gemachten Eigentumsklage gegenüber kann der Entleiher unter Umständen aus § 986 des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründete Einwendungen erheben. Eine letzte Spur der Regelung des Prekariums findet sich allerdings auch heute noch in der Vorschrift des § 856 Absatz II Bürgerliches Gesetzbuch. Es ist nämlich möglich, daß die dort erwähnte, „ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung des Besitzes" darin besteht, daß man eine Sache jemandem zur kürzeren Benützung leiht. (Etwa ich leihe einem Mitreisenden meine Zeitung oder meinem Theaternachbar mein Glas.) Hier bleibt der Verleihende Besitzer und könnte evtl. im Fall der Besitzentziehung mit der Besitzklage gegen den anderen vorgehen. Er ist also ähnlich gestellt wie der Verleiher im römischen Recht. Aber, wie erwähnt, findet diese Vorschrift nur Anwendung, wenn das Entleihen von einer Art ist, daß eine nur vorübergehende Behinderung an der Ausübung des Besitzes gegegeben ist, was im einzelnen Fall nach der Verkehrsanschauung entschieden werden muß. Man kann also nur mehr von einer schwachen Spur des römischen rechtlichen Prekariums im heute geltenden Recht sprechen.

Schlußwort.

Im ganzen hat die Betrachtung ergeben, daß der Einfluß des römischen Besitzrechtes auf die Gestaltung des Besitzrechtes im Bürgerlichen Gesetzbuch unverkennbar ist, daß aber doch eine ganz erhebliche Wandlung auch in den Grundideen festzustellen ist.

Die unterscheidenden Merkmale gegenüber dem römischen Recht des Besitzes verdankt das Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Einfluß deutscher Rechtsideen, die zusammen mit dem kanonischen Recht in der Entwicklung über die Formen des gemeinen Rechts zum geltenden Recht geführt haben.

Im alten deutschen Recht war der Besitz als tatsächliches Verhältnis nur dann geschützt, und damit auch nur dann Gegenstand rechtlicher Erörterungen, wenn er mit Nutzung verbunden war. Er wurde dann als Gewere (vestitura) bezeichnet. Je nach dem Rechtstitel war dabei zu unterscheiden Eigengewere, Lehensgewere, Pfandgewere, Gewere zur rechten Vormundschaft, Zinsgewere und Leiegewere. Je nach dem Rechtsschutz unterschied man ledigliche (Hebbende oder Brukende) Gewere oder rechte Gewere. Letztere Form gab es aber nur bei Grundstücken. Die ledigliche Gewere entstand durch tatsächlichen Besitz, wenn dieser wenigstens 3 Tage ausgeübt wurde, durch Erbgang und durch richterliche Einweisung. Die rechte Gewere bei Grundstücken entstand durch Erbgang, gerichtliche Verfügung, durch Uebertragung seitens des bisherigen Besitzers und durch Besitz von Jahr und Tag. Besonders qualifiziert war die rechte Gewere, wenn sie durch Auflassung und gerichtliche Fertigung erworben wurde.

Mit der Rezeption des römischen Rechts verlor die deutsche Gewere in den meisten Rechtsbegriffen ihre Bedeutung. Auf die Gestaltung des römischen Besitzrechtes hat sie aber zusammen mit dem kanonischen Recht umgestaltend gewirkt. Unter diesen Einwirkungen wurde das interdictum unde vi zur Spolienklage ausgebildet, die jedem unrechtmäßigerweise des Besitzes oder der Detention Beraubten gegen jeden späteren Besitzer der Sache gegeben wurde (mindestens wenn dieser spolii conscius war) und

erst in 30 Jahren verjährte. Neben dieser actio spolii erkannte man auch eine exceptio spolii an, die jedem Spoliierten das Recht gab, bis zur Wiedererstattung des Spoliums von der Einlassung auf jeden seitens des Spolianten gegen ihn angestrengten Prozeß sich zu befreien.

Seit dem 18. Jahrhundert wurde ferner das interdictum uti possidetis als possessorium ordinarium zu einem petitorischen Rechtsmittel zum Schutz des besseren Besitzes. Als rein possessorisches Rechtsmittel ist daneben das in besonderem, abgekürztem Verfahren (summarischem Prozeß) geltend zu machende summarissimum getreten, das dem Ausüber der letzten Besitzhandlung auf Grund seines jüngsten Besitzes den Sieg verschaffte.

Die neuere gemeinrechtliche Theorie und Praxis hat die wildwuchernde Spolienklage nach allen Richtungen einzudämmen gesucht, die exceptio spolii fast ganz beseitigt und auch das possessorium ordinarium wieder zu einer reinen Besitzklage zurückzubilden sich bestrebt. Die größere Sicherheit der Rechtspflege ließ die als unvereinbar mit dem römischen Recht anerkannten Auswüchse nicht mehr als ein Bedürfnis erscheinen.

Die Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts sind dann in bezug auf die Mobilienvindication vielfach wieder zu dem alten deutschen Grundsatz: „Hand wahre Hand" zurückgekehrt. Sie schließen die Vindication gegen den gutgläubigen Besitzer, gestohlenes und verlorenes Gut ausgenommen, aus und geben sie auch diesem nicht, wenn das Gut in öffentlicher Versteigerung erstanden ist. Der unredliche Besitzer weicht stets dem redlichen.

Auf diesen letzteren Standpunkt hat sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch gestellt. Doch hat es die Besitzklagen wieder zu rein possessorischen Rechtsmitteln gestaltet, also bei der Ausdehnung des Personenkreises, dem sie zugute kommen, ihr sachliches Anwendungsgebiet eingeschränkt. Diese Einschränkung ist um so fühlbarer, als das Gesetzbuch durch gutgläubigen Erwerb einer Mobilie meistens Eigentum entstehen läßt, so daß tatsächlich die Besitzklagen bei Mobilien fast nur noch gegen den Störer und den schlechtgläubigen Besitzer zur Anwendung kommen. An Immobilien besteht infolge der Grundbucheinrichtung die Möglichkeit einer durch Eintragung legitimierten Verfügungsgewalt, und zwar bei Unrichtigkeit des Grundbuchs auch zugunsten des Nichtberechtigten. Dieser Tabularbesitz entspricht der durch gerichtliche Fertigung entstandenen altdeutschen rechten Gewere.

Im allgemeinen läßt sich die hier in ihrer Entwicklung kurz geschilderte Wandlung des Besitzrechts vom römischen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch als großer Fortschritt bezeichnen. Man denke nur an die künstliche Konstruktion des Begriffs des juristischen Besitzes im römischen Recht, demgegenüber der Be-

griff des Besitzes im Bürgerlichen Gesetzbuch in engster Anlehnung an die Anschauung des Verkehrs gebildet ist. Die Besitzschutzmittel sind auf einfachere und brauchbarere Formeln gebracht und insbesondere die Bildung des Begriffs des mittelbaren Besitzes und der gleichzeitige Schutz, der dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer gewährt ist, hat einem größeren Verkehrsbedürfnis in bester Weise abgeholfen und die etwas künstliche Konstruktion des Rechtsbesitzes, wie sie das gemeine Recht ausgebildet hat, überflüssig gemacht.